



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

**A DOUTRINA TRADICIONAL DO PODER CONSTITUINTE E A
EXPERIÊNCIA BRASILEIRA DE 1987/1988**

GUSTAVO TEIXEIRA GONET BRANCO

BRASÍLIA
2013

Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

GUSTAVO TEIXEIRA GONET BRANCO

**A DOUTRINA TRADICIONAL DO PODER CONSTITUINTE E A
EXPERIÊNCIA BRASILEIRA DE 1987/1988**

Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do título de bacharel
em Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília - UnB.

Orientador: Prof. Mestre Rodrigo de
Bittencourt Mudrovitsch

BRASÍLIA
2013

GUSTAVO TEIXEIRA GONET BRANCO

**A DOUTRINA TRADICIONAL DO PODER CONSTITUINTE E A
EXPERIÊNCIA BRASILEIRA DE 1987/1988**

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em
Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, pela banca
examinadora composta por:

Prof. Mestre Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch (Orientador)
Universidade de Brasília – UnB

Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes
Universidade de Brasília – UnB

Dr. Rodrigo de Oliveira Kaufmann
Universidade de Brasília – UnB

Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco
Universidade de Brasília – UnB

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar,
agradeço a Deus por me permitir mais essa conquista.

Agradeço à minha família e à minha namorada
por toda paciência, incentivo e apoio ao longo do curso.

Agradeço aos meus amigos,
sem os quais certamente tudo teria sido mais difícil.

Agradeço ao meu orientador,
a quem devo grande parte do meu interesse acadêmico.

Agradeço aos demais membros da banca,
os quais também participaram desse início de minha jornada acadêmica.

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar, com enfoque na experiência constituinte por que passou o Brasil durante a segunda metade da década de 1970 e a década de 1980, o discurso acadêmico sobre a teoria do poder constituinte que marcou o momento. Para tanto, é realizado uma abordagem ampla sobre a chamada doutrina tradicional do poder constituinte tal como é trabalhada no Brasil. Também é feita uma análise histórica sobre o referido momento constituinte, suas causas e seus desdobramentos. Por fim, aborda-se as diferentes formas de discurso sobre o poder constituinte que buscaram compreender o momento ímpar por que passou a nação brasileira.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Poder Constituinte. Doutrina Tradicional do Poder Constituinte. Poder Constituinte Brasileiro. Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988.

ABSTRACT

The present study aims to analyze, limited to the constituent moment that Brazil has passed during the late 70's and during the decade of 1980, the academic speech about the theory of constituent power that was a characteristic of that moment. In this sense, it is, at the beginning, realized an full approach about the traditional doctrine of the constituent power as it was studied in Brazil. It is also made an historical analysis of the period surrounding the Constituent National Assembly. At last, it is examined the different kinds of speech that has been characteristic of the constituent moment concerned to the constituent power theory.

Key-words: Constitutional Law. Constituent Power. Traditional Theory of Constituent Power. Brazilian Constituent Power. Constituent National Assembly of 1987/1988.

SUMÁRIO

| | |
|------------------------|----------|
| INTRODUÇÃO..... | 8 |
|------------------------|----------|

CAPÍTULO I – Doutrina Tradicional do Poder Constituinte

| | |
|---|-----------|
| 1. Introito..... | 10 |
| 2. Antecedentes..... | 10 |
| 3. Breves notas acerca da teoria de Sieyès..... | 12 |
| 4. O Poder Constituinte Originário sob a ótica de Manoel Gonçalves Ferreira Filho..... | 16 |
| 5. O Poder Constituinte Originário sob a ótica de Paulo Bonavides..... | 26 |
| 6. O Poder Constituinte Instituído..... | 32 |
| 7. Considerações Finais..... | 33 |

CAPÍTULO II – A Experiência Constitucional Brasileira de 1987/1988

| | |
|--|-----------|
| 1. Introito..... | 35 |
| 2. A Transição..... | 35 |
| 3. A Emenda Constitucional n. 26 de 27 de novembro de 1985..... | 41 |
| 4. Considerações Finais..... | 45 |

CAPÍTULO III – A Teoria Tradicional do Poder Constituinte e o Debate Constituinte Brasileiro

| | |
|--|-----------|
| 1. Introito..... | 46 |
| 2. Raymundo Faoro e a busca por recuperar a legitimidade..... | 47 |
| 3. A posição peculiar de Manoel Gonçalves Ferreira Filho..... | 51 |
| 4. Afonso Arinos e a única via da Assembleia Constituinte instituída..... | 53 |
| 5. As Manifestações nos Jornais..... | 57 |
| 6. Considerações Finais..... | 60 |

| | |
|-----------------------|-----------|
| CONCLUSÃO..... | 61 |
|-----------------------|-----------|

INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe-se a estudar a experiência constitucional brasileira de 1987/1988, embora, conforme será demonstrado, esse período não se circunscreve a apenas esses dois anos, senão a mais de uma década de desenvolvimento da ideia até que fosse instalada a Assembleia Nacional Constituinte, sob a perspectiva da doutrina tradicional do poder constituinte.

Para o desenvolvimento da ideia será, portanto, analisado no primeiro capítulo o que se entende por doutrina tradicional do poder constituinte. Nesse ponto foi realizado um recorte especificamente selecionado da doutrina brasileira. Como no presente trabalho se pretende analisar a experiência nacional em si mesma, optou-se por privilegiar a utilização da doutrina nacional, embora será visto que, ao se analisar a doutrina tradicional do poder constituinte, não se faz possível ignorar as ideias do Abade francês Sieyès, a qual exerceu a maior influência entre todos aqueles que procuram teorizar sobre o poder constituinte, razão pela qual é dedicado um tópico específico ao esclarecimento de suas ideias.

Com relação especificamente ao pensamento brasileiro tomado com exemplo da doutrina tradicional do poder constituinte, foram especialmente analisados os trabalhos de Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Paulo Bonavides. O primeiro pela razão de ter desenvolvido um trabalho exclusivo sobre a doutrina do poder constituinte antes de o assunto tomar lugar de destaque entre os acadêmicos, ainda em 1973. Já o segundo foi escolhido por sua obra desenvolvida no campo do direito constitucional durante os trabalhos constituintes e a transição democrática.

Em seguida, para seguir a sequência lógica, passou-se ao objeto mais distante do estudo, que consiste na própria análise do processo de abertura, redemocratização e reestabelecimento da ordem democrática por que passou o Brasil desde a segunda metade da década de 1970 até o fim do processo em outubro de 1988.

Nesse capítulo se procurou trazer mais elementos históricos ao presente trabalho a fim de conferir maior subsídio de compreensão do debate constituinte que foi pelo momento histórico circunscrito.

Optou-se por dividir em dois grandes momentos o processo de redemocratização do país. O primeiro momento se refere ao aquecimento das ideias referentes à necessidade de elaboração de uma nova constituição como forma de se superar o regime militar já desgastado.

Já com relação ao segundo momento, este possui como marco inicial a proposta de emenda constitucional encaminhada pelo Presidente da República ao Congresso Nacional que teria por resultado a convocação da Assembleia Nacional Constituinte e teria definido alguns pontos básicos de suas características, entre os quais se destaca a forma não-exclusiva que assumiu.

Não será examinado, contudo, os trabalhos da Assembleia Constituinte em si, tendo em vista o recorte necessário que se faz do objeto de estudo. Isso não significa, contudo, que eventuais características de seus trabalhos não possam ser ressaltadas, como, por exemplo, a participação popular que marcou o processo.

Por fim, serão analisados os próprios discursos que marcaram o processo constituinte no que se refere, especificamente, à possibilidade e legitimidade da convocação da Assembleia Nacional Constituinte nos moldes em que foi feita. Nesse ponto será visto que o debate constituinte foi marcado por uma diversidade de opiniões bastante relevante. Algumas vozes, pela forma de abordagem ou pelo peso que já possuíam, obtiveram maior destaque mesmo durante o processo constituinte, razão pela qual a elas será conferida maior ênfase.

Ao final, pretende-se demonstrar a falta de experiência nacional de um momento como o que ocorreu nos anos aqui estudados, o que levou a muitos professores a buscar, talvez por temor da incerteza do futuro, amparo exclusivamente teórico para as análises de um momento inédito na experiência constitucional brasileira.

Capítulo I – Doutrina Tradicional do Poder Constituinte

1. Introito

Há, em uma parcela da doutrina constitucional, um certo distanciamento do estudo do poder constituinte originário. Segundo a visão de alguns estudiosos do direito esse distanciamento e, algumas vezes, até mesmo repúdio ao estudo do poder constituinte originário, seria decorrente da característica eminentemente política de sua expressão¹.

O poder constituinte originário se refere ao poder soberano de criação de uma constituição. Isso tem por consequência lógica a sua desvinculação a quaisquer formas de limitações formais (não se ignora as limitações por vezes impostas por outros meios, como os são as culturais, o que será objeto de estudo mais adiante deste trabalho). Essa característica peculiar, ou seja, a ausência de limitações à sua atuação, torna o poder constituinte uma categoria não essencialmente jurídica, mas também política, a qual é essencial à própria validade da constituição e à legitimação da ordem constitucional.

Assim, essa ideia da existência de um poder que estabeleça a constituição surge somente no século XVIII, após a noção da constituição escrita, o que, no entanto, não significa que não seja possível algumas raízes anteriores, as quais serão demonstradas a seguir.

2. Antecedentes

De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, existem alguns momentos históricos em que se faz possível observar raízes do que seria então posteriormente conhecida como a doutrina do poder constituinte.

Segundo esse autor, já na antiguidade helênica é possível notar uma diferenciação filosófica e prática entre as leis que organizam o poder governamental e a política (as hodiernamente chamadas leis constitucionais) e as demais formas de leis

¹ Nesse sentido, Gilberto Bercovici faz a seguinte afirmação: *A doutrina jurídica tradicional entende que o povo e o poder constituinte não têm lugar no direito público, por não serem “categorias jurídicas”*. (BERCOVICI, 2013, p. 305). Enquadra-se nessa concepção o entendimento manifestado por Celso Ribeiro Bastos, para quem o poder constituinte originário, por ser uma *força ou energia social*, deve ser estudado por outros ramos do saber. (BASTOS, 2010, p. 50)

(as atuais leis ordinárias), as quais teriam sido, inclusive, objeto de distinção por parte do filósofo Aristóteles.

Também na Grécia Antiga, especificamente em Atenas, Ferreira Filho observa a existência de uma diferenciação entre as leis que estruturavam a cidade-estado e dispunham sobre a cidadania e as demais leis, o que demonstra uma forma de consciência, não elaborada é certo, sobre leis fundamentais, embora em nada se cogitasse sobre alguma forma de poder diferenciado que as criassem e impusessem.

O professor Ferreira Filho identifica a perduração dessa diferenciação inconsciente pela Idade Média, ressaltando alguns momentos de especial importância para a elaboração da teoria do poder constituinte originário.

Primeiramente, a chamada *doutrina das leis fundamentais do Reino*, a qual, de origem francesa, considerou a existência de leis superiores ao monarca, as quais impunham limites à sua atuação e, o que mais a aproxima da teoria do poder constituinte, vislumbra a possibilidade de alteração dessa leis fundamentais apenas por meio de um processo diferenciado, exigindo a participação de todos os Estados Gerais – clero, nobreza e povo. Ressalta-se, contudo, que em nenhum momento aventou-se a ideia de um poder que elaboraria e legitimaria essas chamadas leis fundamentais, as quais, para os pensadores da época, seriam fruto dos costumes e do decurso do tempo.

Também é destacada por Ferreira Filho como importante antecedente do advento setecentista da teoria do poder constituinte a chamada doutrina pactista medieval. A importância dessa doutrina para a teoria do poder constituinte reside no fato de que, segundo seu entendimento, todo o poder emanaria de Deus por intermédio do povo, ou seja, pelo consenso do povo. Isso já permite enxergar um ponto bastante próximo às ideias que serviram de norte para a revolução francesa.

Por fim, tem-se a eclosão das doutrinas do contrato social², as quais diferenciam-se da doutrina pactista medieval em razão de esta estabelecer que o consenso como fonte do governo, e não como fonte da sociedade em si mesma. Foram essas doutrinas os antecedentes diretos e principais responsáveis pelo

² Manoel Gonçalves Ferreira Filho traz a seguinte generalização do que seriam as doutrinas do contrato social: *A ideia comum a toda a doutrina do contrato social é a de que a sociedade dever ser entendida como baseada em um contrato entre todos os homens. Salvo alguns autores menores, essa doutrina não ensinava que a sociedade teria surgido de um contrato expressamente firmado pelos homens. Os autores que defenderam essa tese não eram tão simplórios para supor que houvera uma reunião efetiva, concreta, uma convocação de Assembleia Geral para a criação da sociedade humana. O que eles defendiam e ensinavam é que a sociedade só podia ser corretamente entendida se se supusesse que ela derivava de um acordo entre os homens, contrato livremente consentido entre eles, portanto, um contrato cujas cláusulas não haveriam de ser prejudiciais a nenhum dos homens.* (FERREIRA FILHO, 2007, p. 7)

surgimento da teoria do poder constituinte, o qual é comumente retratado como tendo sido primeiramente abordado pelo Abade Sieyès, em obra publicada meses antes da eclosão da Revolução Francesa, conforme será agora abordado.

3. Breves notas acerca da teoria de Sieyès

A doutrina de Sieyès, livre de toda a dúvida, é considerada e utilizada pelos acadêmicos brasileiros como o marco inicial e a referência principal da Teoria do Poder Constituinte³.

Obviamente, como já restou inclusive delineado no tópico anterior, que isso não significa dizer que antes da publicação das ideias do Abade francês não existia poder constituinte, mas sim que foi o momento em que se passou a pensar sobre esse poder, a sua titularidade e a sua legitimidade. Pode-se dizer que o advento da teoria do poder constituinte nessa ocasião foi consequência histórica do momento revolucionário e racionalista por que passava a nação francesa.

Por mais que haja relevante consenso na doutrina brasileira quanto ao surgimento da teoria do poder constituinte com o pensamento de Sieyès, especificamente na obra denominada *Que é o terceiro estado?*, é certo que a interpretação de suas ideias não se encontra livre de dissensos.

Paulo Bonavides, em seu conhecido *Curso de Direito Constitucional*, ao analisar a teoria do poder constituinte, não foi exceção à regra e trouxe como o idealizador dessa teoria Sieyès.

Nesse sentido, ao procurar descrever e interpretar a teoria do revolucionário francês, Paulo Bonavides afirma que a despersonalização do poder caracterizada pelo fim do poder constituinte do soberano teria sido derrubado pelo poder do povo. Dessa forma, identifica em Sieyès influência direta das ideias de soberania popular de Rousseau, apenas ressaltando que o Abade teria conciliado a essas ideias o conceito de representação do povo. Assim, Paulo Bonavides ao tratar sobre a teoria do poder constituinte, realiza a seguinte interpretação (BONAVIDES, 2013, p. 151-152):

Deriva essa teoria, conforme já ponderamos, do movimento racionalista dos pensadores franceses, nomeadamente de Sieyès. Parte o publicista do “terceiro estado” de um conceito de Rousseau: o de soberania popular, que

³ Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que a *distinção entre Poder Constituinte e poder constituído aparece solidamente pela primeira vez na obra de Sieyès* (2007, p. 13).

é na essência o poder constituinte do povo, fonte única de que procedem todos os poderes públicos.

[...]

Engenhosamente, trata, pois, Sieyès de inserir o poder constituinte na moldura do regime representativo, de modo que se atenuem assim as consequências extremas oriundas do sistema de soberania popular conforme o modelo de Rousseau.

A fórmula é sabida: o poder constituinte, distinto dos poderes constituídos, é do povo, mas se exerce por representantes especiais (a Convenção). Não se faz necessário, acrescentava Sieyès, que a sociedade o exerça de modo direto, por seus membros individuais, podendo fazê-lo mediante representantes, entregues especificamente à tarefa constituinte, sendo-lhe vedado o exercício de toda a atribuição que caiba aos poderes constituídos

Nota-se, portanto, do trecho transcrito, que Paulo Bonavides, apoiados nas ideias de Carré de Malberg, interpreta o pensamento de Sieyès como depositando no povo a titularidade do poder constituinte.

Vale dizer, entanto, que os conceitos de nação e povo não eram formas sinônimas para os primeiros idealizadores da teoria do poder constituinte. Partindo dessa diferenciação, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em sua célebre obra *O Poder Constituinte*, traz uma interpretação distinta daquela realizada por Paulo Bonavides. Ao descrever a doutrina que Sieyès teria iniciado, Ferreira Filho faz questão em estabelecer uma distinção clara entre os conceitos de povo e nação segundo o entendimento do Abade francês. Assim o faz definindo que o povo seria uma comunidade de homens em um determinado local e tempo, enquanto a nação é a estabilização desta comunidade no tempo. Afirma, procurando definir a referida diferenciação, o seguinte (FERREIRA FILHO, 2007, p. 23):

Para Sieyès, nação é um termo empregado para que não se use da palavra povo. O aspecto fundamental do pensamento de Sieyès, nesse ponto, é a distinção entre nação e povo. Povo, para ele, é o conjunto dos indivíduos, é um mero coletivo, uma reunião de indivíduos que estão sujeitos a um poder. Ao passo que a nação é mais do que isso, porque a nação é a encarnação de uma comunidade em sua permanência, nos seus interesses constantes, interesses que eventualmente não se confundem nem se reduzem aos interesses dos indivíduos que a compõem em determinado instante.

Isso significa dizer, portanto, que o povo seria algo efêmero, enquanto a nação perduraria. Por conseguinte, os indivíduos de determinada comunidade não poderiam dispor de seu poder, pois este não os pertenceria, mas sim à estabilização dessa comunidade no tempo. Utilizando-se de exemplo dado por Ferreira Filho, essa definição tem por consequência a impossibilidade de determinado conjunto de

indivíduos entregar-se a outro para não sofrer os efeitos devastadores de uma guerra, pois, agindo dessa forma, esse povo estará sacrificando os interesses da nação, algo que se encontra fora do seu poder de disposição.

Partindo dessa diferenciação fundamental, Ferreira Filho identifica que Sieyès teria depositado a titularidade do poder constituinte na nação, e não no povo. Essa identificação leva Ferreira Filho a uma conclusão diametralmente oposta àquela realizada por Paulo Bonavides, polarizando as ideias de Jean Jacques Rousseau e Sieyès, conforme o seguinte trecho é bastante expressivo (FERREIRA FILHO, 2007, p. 24):

A doutrina de Sieyès – a doutrina da soberania nacional – historicamente contrapõe-se à doutrina de Rousseau, porque esta, sim, é a doutrina da soberania popular.

Há ainda uma terceira leitura sobre a titularidade do poder constituinte para Sieyès, a qual é realizada por Gilberto Bercovici. Segundo o professor da Universidade de São Paulo, a nação, para Sieyès, soberana e titular do poder constituinte originário, seria identificável por meio de critérios econômicos, razão pela qual o terceiro estado francês, o qual tanto se deixou influenciar pelas ideias do abade, seria uma nação a parte. Essa leitura não se revela desatenta à complexidade inerente ao próprio terceiro estado da estrutura social francesa, o qual abrangia todos os grupos que não possuísem privilégios nobiliárquicos ou religiosos, pois toma como ponto comum ao terceiro estado a força produtiva econômica, ou seja, a capacidade de gerar riquezas⁴.

É evidente, portanto, que, ainda que haja considerável consenso quanto ao surgimento da teoria do poder constituinte, a interpretação das ideias de Sieyès não comunga da mesma característica, existindo conclusões diversas quanto ao que o Abade francês teorizou, conforme a divergência acerca da titularidade do poder constituinte para o revolucionário é exemplo.

No entanto, para que se realize uma breve caracterização da obra de Sieyès referente ao poder constituinte, imprescindível inseri-la em seu tempo. *Que é o*

⁴ Gilberto Bercovici, sobre a interpretação de que o terceiro estado, em si, seria uma nação a parte, afirma o seguinte: *Para Sieyès, assim como para boa parte dos autores do século XVIII, como Adam Smith, a nação tem um significado econômico. A nação é composta por todos aqueles que contribuem para o progresso econômico, produzindo bens e valores para o mercado. A nação não é abstrata, sendo definida como um todo social integrado pelo conjunto de indivíduos dispersos que produzem e trocam no mercado e que querem proteger suas relações econômicas. O que unifica o Terceiro Estado é o interesse comum em realizar e estender seus direitos, concebidos como meios de satisfazer as suas necessidades. A nação exclui os privilegiados, que não participam no trabalho, como a nobreza, sendo constituída pelo conjunto dos produtores de bens e valores. Por isso, o Terceiro Estado é uma nação completa, autossuficiente e autônoma.* (BERCOVICI, 2013, p. 317)

terceiro estado? foi um dos principais panfletos utilizados como bandeira durante a revolução francesa. Trata-se de obra em que seu autor procurou entender o que é o terceiro estado (tudo), o que tem sido o terceiro estado na ordem política então existente (nada) e o que o terceiro estado pretende ser (alguma coisa), conforme o abade já deixa claro no início de sua obra (SIEYÈS, 2003, p. 94).

O primeiro capítulo da obra panfletária de Sieyès consiste em responder a primeira pergunta, ou seja, o que é o terceiro estado. Nesse intento, o Abade faz uso de conceitos econômicos e políticos, demonstrando que os membros do terceiro estado são, por si, a forma completa de uma nação, pois desempenham sozinhos as 4 funções da iniciativa privada (produção, indústria, comércio e serviços), essenciais à manutenção de uma nação. Sieyès, portanto, chega à conclusão de que seriam os membros do terceiro estado os mais indicados a governar a nação, pois são eles que a compõe, e não os componentes da “casta” privilegiada mas ilegítima da nobreza.

Para responder a segunda pergunta – o que tem sido o terceiro estado até o momento? – Sieyès se vale da história política francesa, demonstrando que, exceto por algumas curtas exceções, a França nunca foi uma monarquia, mas sim uma aristocracia, em que o terceiro estado nunca teve participação decisiva ou sequer relevante nas decisões governamentais da nação francesa.

Foi, assim, com esse objetivo – e não sob uma ótica predominantemente teorizadora – que surgiu a obra que se constitui em marco inicial da teoria do poder constituinte.

No entanto, ainda que não tenha, com dito, sido orientada pelo objetivo principal de criar uma teoria, o pensamento de Sieyès revela a superação do momento da mera aceitação do poder constituinte como ser, como fato, ou seja, como algo posto – que era o poder constituinte do monarca soberano e, outrora, o poder constituinte divino –, passando a compreender o poder constituinte sob uma dimensão valorativa, passando a tratar o poder constituinte sob a ótica do dever ser. Há nesse momento a tomada de consciência de que se há constituição, há o poder que a elabora e que a torna vigente e obrigatória. Assim, passa-se à identificação da titularidade e legitimidade desse poder soberano, do que conclui o Abade pela soberania nacional.

Ou seja, o publicista francês, imerso nas ideias racionalistas que marcaram seu tempo e atento à tomada de consciência do poder político da burguesia, atribui valor à titularidade e aos atos do poder constituinte, colocando, assim, em xeque a sua legitimidade. Esvazia, portanto, o poder constituinte da soberania do monarca, que

poderia ser identificado como usurpador, e transfere para o poder constituinte da soberania nacional.

Um ponto importante do pensamento de Sieyès sobre o poder constituinte originário reside na sua compatibilidade com a representação, isto é, a criação de mecanismos de representação nacional que possibilite a efetiva elaboração constitucional.

É certo, no entanto, que as ideias do pensador revolucionário francês estão assentadas em um paradigma marcado pela racionalização, em que se presumia a racionalidade das leis e sua legitimidade por esse motivo, sem levar em consideração a vontade do legislador e as características espaço-temporais que circunscrevem todo os trabalhos legislativos.

4. O Poder Constituinte Originário sob a ótica de Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Manoel Gonçalves Ferreira Filho é autor de uma das pouquíssimas obras dedicadas ao estudo exclusivo do poder constituinte no âmbito do constitucionalismo brasileiro. Em *O Poder Constituinte*, o professor titular da Universidade de São Paulo realiza um estudo teórico do poder constituinte originário principalmente sob duas perspectivas: a expressão política desse poder e a sua expressão jurídica, as quais serão agora analisadas.

Com relação ao primeiro prisma de análise adotado por Ferreira Filho - a expressão política do poder constituinte originário – essa diz respeito ao estudo dos fundamentos políticos do poder constituinte. Para o autor, essa demonstração é essencial à posterior análise da expressão jurídica do poder constituinte, assim como é imprescindível ao estudo das normas do direito constitucional a análise da sua realidade política.

a) A Expressão Política do Poder Constituinte Originário

a.1) Titularidade

Este tópico abordará ponto que está umbilicalmente ligado à ideia de poder constituinte, pois refere-se a quem é ou deve ser o titular do poder constituinte

originário, sob a perspectiva política do poder constituinte. Ou seja, trata-se de tentar achar respostas à pergunta de a quem pertence esse poder, de quem possui o poder de organizar politicamente um Estado e estabelecer sua constituição. Em última análise, significa identificar quem seria o verdadeiro detentor do poder soberano de um Estado.

Como fora visto anteriormente, a superação da soberania monárquica ocorreu por meio da construção de que o poder constituinte originário seria inerente à soberania nacional, isto é, a titular do poder constituinte originário seria a nação. Ao longo da história, no entanto, variou-se a percepção e quem seria o titular desse poder soberano, tendo sido, inclusive, no século XIX (posterior, então, ao advento da teoria do poder constituinte originário) que se percebeu as outorgas constitucionais por parte dos monarcas, algo que representa, ainda que contraditoriamente, o poder constituinte monárquico se autolimitando.

Essas considerações levam à conclusão de que a titularidade do poder constituinte seria algo fruto de determinada época. Essa titularidade seria, dessa maneira, seria definida pela ideologia predominante no momento em que se encontra inserida, sendo hoje depositada consensualmente no povo, conforme entendido por Ferreira Filho (FERREIRA FILHO, 2007, p. 30):

Assim, a problemática da titularidade do Poder Constituinte é, em grande parte, uma problemática ideológica, porque está intimamente ligada à concepção política predominante num determinado momento. Hoje, a opinião esmagadoramente predominante é a de que o supremo poder, num Estado, pertence ao povo; a soberania é do povo; portanto, o Poder Constituinte é do povo.

Interessante, quanto a essa percepção do autor, trazer o conteúdo do artigo 21 da Declaração Universal dos Direitos dos Homens, em que, embora não traga expressamente o termo “poder constituinte”, é expressivo quanto ao senso comum de que o titular legítimo do poder constituinte seria o povo. Confira-se:

Artigo 21º

1. Toda a pessoa tem o direito de tomar parte na direção dos negócios, públicos do seu país, quer diretamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos.
2. Toda a pessoa tem direito de acesso, em condições de igualdade, às funções públicas do seu país.
3. A vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos: e deve exprimir-se através de eleições honestas a realizar periodicamente

por sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade de voto.

Como pode se verificar, é manifesta a tese da soberania popular, principalmente no que concerne ao item de número 3, o qual fundamenta a autoridade constituída na vontade popular, o que é o mesmo que se dizer que o titular do poder constituinte é o povo.

Evidentemente, não se ignora a polissemia que o termo “povo” guarda em sua definição. Com efeito, tanto as constituições democráticas ocidentais como as constituições da antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas traziam em si a ideia de que o supremo poder pertencia ao povo. No entanto, enquanto que para a concepção soviética povo seria equivalente ao proletariado, nas democracias ocidentais, ainda que também haja relevante dissenso sobre seu conteúdo, Ferreira Filho identifica de forma genérica como sendo os cidadãos, ou seja, aqueles a quem são garantidos os direitos políticos.

É fato, portanto, que a constatação de que o poder constituinte pertence ao povo é pouco elucidativa, sendo evidente que nas experiências constitucionais modernas sua participação resume-se à mera escolha de representantes ou, no máximo, ao referendo do texto elaborado por representantes populares com poderes extraordinários, conclusão que levou Ferreira Filho à seguinte afirmação (FERREIRA FILHO, 2007, p. 31):

Assim, o estudo deste ponto – titularidade do Poder Constituinte – nos leva, tristemente, a uma conclusão frustradora, a de que é quase impossível, ou é impossível mesmo, num estudo científico, determinar quem é o titular do Poder Constituinte. O Poder Constituinte tem por titular o povo. Mas a obscuridade permanece relativamente ao que é o povo. O único ponto positivo do exame desta matéria é a ideia de que o consentimento dos governados é fundamental para a existência de uma Constituição. Sem esse consentimento, não existe Constituição.

Dessa maneira, a conclusão que chega Manoel Gonçalves Ferreira Filho é a de que, ainda que se possa observar uma certa ideologia contemporânea referente ao poder constituinte originário ter como titular o povo, isso não possui qualquer implicância científica, considerando a característica etérea do termo “povo”, como também a constatação de que pequenos grupos sempre se avocam do poder de elaborar uma constituição sob o nome do povo.

a.2) Legitimidade e Legitimação

Esclarecida a frágil e casualista definição de titularidade do poder constituinte, surge, então a questão da legitimidade desse poder. Para empreender a tarefa de analisar a legitimidade do poder constituinte, Manoel Gonçalves Ferreira Filho procura, antes, tratar sobre o ato constituinte em si mesmo, uma vez que e a eficácia (efetividade) deste que permite o estabelecimento da Constituição, consoante deixa claro no seguinte trecho (FERREIRA FILHO, 2007, p. 45):

Mais rigorosamente, pode-se dizer que a promulgação da nova Constituição é, em si mesmo, um ato constituinte. Quer dizer, um ato com a pretensão de se tornar, de direito e de fato, a nova Constituição. Na verdade, este ato constituinte se aperfeiçoa – e com ele a Constituição – quando se implementa uma condição, a condição de eficácia (efetividade). Em outros termos, a Constituição propriamente dita surge quando o ato constituinte ganha efetividade (eficácia), quando ela, pois, é globalmente cumprida.

Nesse sentido, Ferreira Filho procura demonstrar a identidade que o ato constituinte possui com as revoluções, as quais o autor subdivide em revoluções como fenômeno social e revoluções como fenômeno jurídico.

As revoluções como fenômeno social, segundo o autor, seriam aquelas formas de contestação social em que o grupo contestante consegue, muitas vezes por meio do uso da força, tomar o poder de determinada nação.

Por outro lado, as revoluções como um fenômeno jurídico seriam qualquer forma de alteração constitucional realizada à margem do procedimento estabelecido para tanto. Isto é, não necessariamente se trata de um grupo que contesta o governo, podendo haver uma revolução (golpe de estado) pela elite que já ocupe o poder constituído, provocando uma quebra no desenvolvimento da ordem jurídica⁵.

Para Ferreira Filho, existiram somente duas hipóteses em que haveria um ato constituinte originário cuja origem não estivesse atrelada necessariamente à eclosão de uma revolução.

⁵ A definição de revolução como fenômeno jurídico tal qual é utilizada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho foi estabelecida por Hans Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito: Uma revolução no sentido amplo da palavra, compreendendo também o golpe de Estado, é toda modificação ilegítima da Constituição, isto é, toda modificação da Constituição, ou a sua substituição por uma outra, não operadas segundo as determinações da mesma Constituição. Dum ponto de vista jurídico, é indiferente que esta modificação da situação jurídica seja produzida através de um emprego da força dirigida contra o governo legítimo ou pelos próprios membros deste governo, através de um movimento de massas populares ou de um pequeno grupo de indivíduos. Decisivo é o fato de a Constituição vigente ser modificada ou completamente substituída por uma nova Constituição através de processos não previstos pela Constituição até ali vigente.* (2011, p. 233)

A primeira situação identificada pelo autor consistiria na hipótese em que um determinado grupo chegaria a uma terra desabitada para habitá-la e, assim, elaborassem um texto constitucional para reger a convivência deste grupo e desta nova nação que surgiria. Em termos históricos seria algo próximo ao ocorrido no caso “Mayflower”, o qual seria o embrião da Constituição de Massachusetts.

A outra forma de expressão do poder constituinte originário sem relação com a ocorrência de alguma forma de revolução seria a hipótese em que é estabelecida uma nova lei fundamental por meio da utilização do processo de revisão constitucional. Em outros termos, seria, segundo o autor, a elaboração de uma nova Constituição sem a ocorrência de uma *violação insofismável* ao texto constitucional precedente.

Assim, estabelecidas as possibilidades de deflagração de um ato constituinte originário percebidas pelo autor, surgem os problemas, sob o ângulo da expressão política, atinentes à legitimidade e à legitimação, os quais são fundamentais para a eficácia (efetividade) do ato constituinte.

O autor faz uso do termo latino *consensus*, ou seja, concordância ou assentimento, e seu conceito sociológico para caracterizar a legitimidade do poder constituinte, assim como a sua legitimação. Mais especificamente, o que é essencial para a análise da legitimidade e legitimação do poder constituinte consiste no assentimento de uma comunidade acerca da ideia de justo em relação ao político, isto é, a ideia de direito que determinada sociedade possui. Seria esse o fator fundamental, segundo a ótica do autor, para se verificar a legitimidade do poder constituinte originário.

Isso ocorre pois, ainda que a obra revolucionária é sempre ilegal, pois se trata justamente de um rompimento com a ordem jurídica posta, não necessariamente será ilegítima. Com efeito, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que sempre que se notar a busca pela realização do *consensus* por parte do poder revolucionário, ou seja, a tomada do poder objetivar a efetivação da compreensão predominante do direito, esta será legítima. Esse fator, qual seja, a legitimidade do poder revolucionário, será fundamental para a eficácia do ato constituinte e o estabelecimento da nova Constituição.

Por outro lado, caso haja a tomada de poder por meio de revolução de não objetive a realização da ideia de direito, então deverá o movimento revolucionário buscar a legitimação de seu poder constituinte por meio da conquista da aceitação de

seus governados. Sem esta legitimação o ato constituinte não possuirá a eficácia (efetividade) necessária ao estabelecimento da constituição.

Com relação à legitimação o autor traz como o primeiro passo a ser dado a legalização, o que consiste no estabelecimento do ordenamento jurídico que definirá e determinará os objetivos do movimento revolucionário que logrou êxito na tomada do poder.

Assim, definido esses conceitos políticos fundamentais à análise do poder constituinte, o autor estabelece a existência de quatro formas de poder, combinando as variáveis legitimidade e legalidade. Dessa observação surgiria a definição das perspectivas políticas e jurídicas sobre o poder. Seria poder de fato aquele assentado em bases ilegítimas, ao passo que poder de direito seria aquele assentado em bases legítimas. Essa é uma análise pela perspectiva política. Pelo prisma jurídico-positivo, a definição seria distinta, pois seria governo de fato aquele estabelecido ilegalmente, enquanto o governo de direito seria aquele que, ainda que ilegítimo, estivesse estabelecido de maneira legal.

Esse, portanto, é o tratamento que Manoel Gonçalves Ferreira Filho confere à expressão política do poder constituinte. Conforme pode se perceber, além de atrelá-la com bastante rigor à ocorrência de uma revolução, o autor trabalha com conceitos razoavelmente etéreos, como os são o povo e a identificação de consenso em uma comunidade sobre o justo em matéria política, ou seja, a aquiescência sobre uma ideia de direito.

b) A Expressão Jurídica do Poder Constituinte Originário

b.1) Natureza

Partindo da ideia de que a Constituição, obra do poder constituinte, é a carta que funda toda a ordem jurídica positiva, ou seja, é o seu ponto de partida, surge a indagação jurídica concernente a qual seria exatamente a natureza da Constituição. Dessa maneira, Manoel Gonçalves Ferreira Filho apresenta duas concepções distintas: uma referente à tese positivista e outra referente à tese jusnaturalista.

Segundo o entendimento da tese positivista, não haveria campo para análise do poder constituinte. Isso ocorre pois a visão positivista considera a Constituição como um fato, uma vez que não é gerada segundo ordens jurídicas preestabelecidas

nem por um poder de direito. Por essa perspectiva, o poder constituinte seria um mero fato social, não cabendo à ciência jurídica analisá-lo ou estudá-lo, mas sim às ciências sociológicas.

A teoria positivista procura, pois, fundamentar a obrigatoriedade da Constituição sob argumentos psicológicos, sociológicos ou até mesmo de forma lógica, cujo maior exemplo é o conhecido pressuposto lógico-transcendental elaborado por Hans Kelsen, mas não desenvolve a análise do poder constituinte, pois este encontra-se à margem do objeto de estudo das ciências jurídicas.

De maneira distinta se posiciona o entendimento sob a perspectiva da tese jusnaturalista. Embora haja diferenças relevantes entre as diferentes escolas que compartilham da visão do direito natural, é certo que a percepção da liberdade como direito natural maior do homem é fator comum a essas diferentes escolas⁶.

É, portanto, com fundamento nessa percepção de importância que se confere ao direito natural à liberdade que a tese jusnaturalista procura determinar a natureza jurídica do poder constituinte. Liberdade, em termos amplos, significa a possibilidade de cada homem autodeterminar a sua vida. Assim, considerando a convivência social, há de ser reconhecido o direito à comunidade dos homens autodeterminar seu governo. Dessa forma, o poder constituinte seria um resultado lógico do direito natural à liberdade quando considerada a convivência social.

Fica claro, considerando as diferentes percepções de cada uma das teses expostas, que, enquanto a tese positivista relega o poder constituinte ao estudo de outras ciências, uma vez que o considera um mero fato social, o jusnaturalismo identifica no poder constituinte uma clara natureza jurídica, visto que seria decorrência lógica da expressão do direito natural na convivência em sociedade dos homens.

A tese do jusnaturalismo também explica a razão da chamada permanência do poder constituinte. Ora, se a liberdade individual não é capaz de se esgotar em um ato livre, tampouco se esgotará o poder constituinte em um ato constituinte, isto é, não haverá um termo final do poder constituinte ao se estabelecer uma Constituição, pois não há o fim da liberdade em um ato de sua manifestação, sendo, assim, evidente a característica de permanência do poder constituinte.

⁶ Esse é o entendimento de Ferreira Filho, o qual afirma que *entre os direitos naturais do homem, o primeiro deles é a liberdade*. (FERREIRA FILHO, 2007, p. 57)

b.2) Forma de Expressão

Outra questão a qual a doutrina constitucional procura identificar sobre o prisma jurídico diz respeito às formas de expressão do poder constituinte. Primeiramente é necessário esclarecer que a tentativa de definição ou determinação das formas de expressão do poder constituinte se trata de empresa fadada à frustração. Isso porque é tarefa logicamente incompatível com uma das características fundamentais do poder constituinte, qual seja, o incondicionamento deste poder.

Isso porque, o que a análise das formas de expressão tem por objetivo é definir as formas em que o poder constituinte pode se manifestar, ou seja, os modos pelos quais pode estabelecer uma nova constituição. Por outro lado, o fato de o poder constituinte ser soberano e, portanto, incondicionado significa que a este não se pode preestabelecer formas ou condições para seu desenvolvimento ou expressão. Essa é a razão pela qual se afirma a impossibilidade lógica de se definir as formas de expressão do poder constituinte.

Não obstante essa referida impossibilidade lógica, a doutrina do poder constituinte aborda o assunto das formas de expressão do poder constituinte como uma análise histórica, definindo as maneiras mais usuais de manifestação do poder constituinte.

É com esteio nessas premissas que Manoel Gonçalves Ferreira Filho identifica dois padrões de manifestação do poder constituinte originário. O primeiro seria a forma da outorga, e o segundo seria a forma pelas convenções ou assembleias.

Com relação à outorga, forma umbilicalmente ligada aos governos autocráticos, refere-se ao estabelecimento de constituição por ato unilateral de vontade, em que o poder constituinte se autolimita. É com relação a essa última característica que são tecidas as críticas mais contundentes, pois, além de não ser possível, sob a luz da teoria do poder constituinte, a autolimitação desse poder, é evidente que a constituição estabelecida pode sofrer alterações a qualquer momento, visto que o agente do poder constituinte é o detentor do próprio poder disciplinado pela constituição. Atento a essa característica das outorgas constitucionais, Ferreira Filho faz a seguinte observação (FERREIRA FILHO, 2007, p. 63):

É exatamente por isso que as *outorgas constitucionais* são normalmente acompanhadas do juramento, da promessa de observância dessa outorga e, portanto, da promessa de não se alterar mais essa Constituição outorgada.

Exatamente essa promessa à qual Ferreira Filho faz alusão é percebida no preâmbulo da Carta Constitucional de 1824, na qual é realizado expresso juramento de se observar e guardar a Constituição nos seguintes termos:

Dom Pedro Primeiro, por graça de Deus, e Unânime Aclamação dos Povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpétuo do Brasil: Fazemos saber a todos os Nossos Súditos, que tendo-Nos requerido os Povos deste Império, juntos em Câmaras, que Nós quanto antes jurássemos e fizéssemos jurar o Projeto de Constituição, que havíamos oferecido às suas observações para serem depois presentes à nova Assembléia Constituinte; mostrando o grande desejo, que tinham, de que ele se observasse já como Constituição do Império, por lhes merecer a mais plena aprovação, e dele esperarem a sua individual, e geral e felicidade Política: Nós Juramos o sobredito Projeto para o observarmos e fazermos observar, como Constituição, que d'ora em diante fica sendo deste Império; a qual é do teor seguinte

A outra forma de expressão do poder constituinte originário observada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho diz respeito àquela manifestada pelas convenções ou assembleias. Nesse caso a sua expressão é marcada pela deliberação e participação do povo, ou seja, afasta-se do ato unilateral do agente do poder constituinte.

No entanto, embora essa forma de expressão do poder constituinte se mostre, à primeira vista, antagônica à manifestação pela outorga, Ferreira Filho faz relevante observação no sentido de que, sempre, a expressão do poder constituinte por meio de assembleia ou convenção precede de um ato unilateral do agente revolucionário, isto é, de uma outorga do detentor do poder. Nesse sentido, explica (FERREIRA FILHO, 2007, p. 68):

Com efeito, se examinarmos o estabelecimento de Constituição por uma Assembleia Constituinte, ou por uma Convenção, vamos verificar que todas elas realizam essa obra a partir de um ato de outorga; porque, sem esse ato de outorga, elas não podem funcionar exatamente; existe um ato de outorga que é o que extingue a vigência da Constituição anterior e convoca essa mesma Assembleia, chama a representação popular para estabelecer uma nova Constituição.

Há, evidentemente, na história, casos de expressão do poder constituinte originário que não se enquadram nos dois modelos gerais aqui demonstrados. Dois exemplos marcantes os são a constituição francesa de 1852 e a nossa Carta Constitucional de 1967. No primeiro caso, após a realização de um plebiscito, foram definidas algumas matérias essenciais que deveriam conter na constituição. Assim,

com base nesse roteiro preestabelecido, Luís Napoleão Bonaparte outorgou a nova constituição. Como se percebe, apesar de ter sido outorgada, a elaboração da carta constitucional estava limitada a condições estabelecidas pelo povo.

O segundo exemplo, referente à Constituição brasileira de 1967, também se trata de um caso em que a elaboração foi pré-moldada. Essa constituição teve seus trabalhos de elaboração pelo congresso nacional limitados pelas condições estabelecidas pelo Ato Institucional n. 4.

Assim, como fica evidente, embora a definição das formas de expressão do poder constituinte originário seja tarefa contraditória com o próprio incondicionamento desse poder, a doutrina do poder constituinte procura estabelecer esses meios de manifestação do poder constituinte valendo-se das experiências históricas, ainda que seja evidente não se tratar de uma abordagem exaustiva.

b.3) Amplitude

A última questão referente ao poder constituinte originário que a teoria jurídica procura analisar diz respeito à amplitude desse poder. Isto é, nesse ponto a doutrina do poder constituinte considera a existência ou não de limites ao poder constituinte originário, bem como, caso identifique a existência desses limites, se se pode determinar quais são eles.

Assim, considerando a imposição de limites, é de se reconhecer a direta correlação com as duas teses descritas quando da análise da natureza do poder constituinte, quais sejam, a tese positivista e a tese jusnaturalista.

Para a primeira tese, por considerar a natureza do poder constituinte como um fato social, sujeito meramente a escolhas políticas e não orientado por quaisquer normas jurídicas, além de não se considerar essa forma de poder como objeto de análise da ciência jurídica, é claro que não se identifica, sob o prisma da expressão jurídica, quaisquer formas de limites a esse poder. Dessa maneira, o poder constituinte, sob uma visão estritamente positivista seria ilimitado, pois que não subordinado a nenhuma maneira de balizamento formal ou material.

Já de acordo como o entendimento geral da tese jusnaturalista, é evidente que o poder constituinte estaria limitado pelas normas de direito natural, ou, conforme anota Ferreira Filho, estaria limitado, hoje, pelos direitos humanos fundamentais.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho apresenta ainda a ideia de duas outras limitações que se imporiam ao poder constituinte originário, consoante delineado por Paul Bastid. Seriam elas impostas pelos limites de fato e pelos limites de direito.

A ideia dos limites de fato diz respeito à eficácia do ato constituinte. Isso significa que o detentor, o agente do poder constituinte está limitado às concepções que se encontram enraizadas em determinada sociedade. Isto é, não se faz possível a elaboração de constituições que se choquem frontalmente com as “cosmovisões” – para se utilizar o termo adotado pelo autor – de um determinado povo. Exemplificando essa ideia, Ferreira Filho apresenta a seguinte situação histórica (2007, p. 76):

[...] E ele [Prof. Paul Bastid] dava entre vários exemplos um particularmente importante, que é a Constituição francesa de 1793, a chamada Constituição jacobina.

O exemplo é particularmente relevante porque essa Constituição traz uma série de inovações interessantes. O exemplo é importante, por outro lado, porque, paradoxalmente, essa Constituição foi votada em meio a um grande entusiasmo, os Constituintes, que a estabeleceram, supunham estar realizando uma obra imortal e de grande relevância. Mas, apesar de tudo, essa Constituição permaneceu letra morta, jamais foi aplicada.

A segunda ideia, a qual diz respeito aos denominados limites de direito, não seria relacionada aos direitos naturais, tal qual é entendido segundo a tese jusnaturalista. Para Ferreira Filho, com fundamento na tese do Prof. Paul Bastid, haveria de se indagar sobre a existência de limites de direito impostos pelo Direito Internacional. Limites que o estabelecimento de uma Constituição para um Estado encontraria nas normas de Direito Internacional, como, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Assim, mais uma vez fica demonstrada a ausência de consensos quanto a pontos identificados como essenciais pela doutrina tradicional do poder constituinte para o estudo dessa forma de poder, pois a definição da amplitude do poder constituinte e a identificação de seus possíveis limites são somente verificáveis caso a caso, à exceção do que a escola do direito natural compreende, depositando no próprio direito natural inerente à natureza humana os limites do poder constituinte originário.

5. O Poder Constituinte Originário sob a ótica de Paulo Bonavides

Sem se furtar a analisar a teoria do poder constituinte, Paulo Bonavides faz bastante uso das concepções de Egon Zweig e Carré de Malberg para abordar o tema. Partindo da premissa de que poder constituinte sempre existiu em qualquer sociedade política, Bonavides identifica o final do século XVIII como o marco histórico inicial do surgimento da teoria sobre esse poder, especificamente em razão do pensamento que marcava as nações revolucionárias – especialmente a França –, o qual ele caracteriza da seguinte maneira (BONAVIDES, 2013, p. 147)

Uma teorização desse poder [constituinte] para legitimá-lo, numa de suas formas ou variantes, só veio a existir desde o século XVIII!, por obra de sua reflexão iluminista, da filosofia do contrato social, do pensamento mecanicista anti-historicista e antiautoritário do racionalismo francês, com sua concepção de sociedade.

A análise histórica da teoria do poder constituinte levada a efeito por Paulo Bonavides traz uma constatação interessante realizada ainda por La Fayette durante o período revolucionário francês, o qual teria impugnado a pretensão do abade Sieyès como primeiro teórico do poder constituinte originário, uma vez que anos antes já teria sido realizada a distinção entre poderes constituinte e constituído no Estados Unidos da América.

La Fayette ainda critica a teoria desenvolvida por Sieyès, afirmando que a possibilidade aventada pelo Abade francês de um mesmo órgão desempenhar funções constituinte e legislativas ordinárias seria um atraso, devendo tais funções serem exercidas separadamente.

Embora haja, como se vê, divergências quanto à origem do teorização do poder constituinte, tal fato não possui contornos de maior relevância ante ao efeito produzido por essa dita teorização. Salienta Paulo Bonavides a importância singular que a teoria do poder constituinte possuiu para o nascimento do Estado de Direito.

Para o autor, foi essa teorização que permitiu a diferenciação entre autoridade e *potestas*. A primeira seria o poder legítimo, isto é, fundamentado em uma base consensual, em que a obediência dos governados seja um dever e não uma coerção. O segundo seria a forma material do poder, não necessariamente legitimada.

Nos momentos que antecederam a Assembleia Constituinte, o grande pensador brasileiro Raymundo Faoro estabeleceu com precisão a referida diferenciação entre poder e autoridade, valendo-se, evidentemente, da experiência por

que passava a nação brasileira. Faoro conceitua da seguinte maneira o poder (FAORO, 2005, p. 27):

O poder representa a probabilidade, dentro de uma relação social, e particularmente no campo político, de que o seu detentor tenha condições de impor a própria vontade aos destinatários, vencendo, em casos extremos, sua resistência, sem que se indague acerca de seu fundamento legítimo.

Vê-se, portanto, que o poder não está necessariamente relacionado à autoridade, podendo se impor de formas variadas⁷, valendo-se, muita das vezes, do instrumento força – a qual Faoro ainda realiza a distinção entre violência e terror (FAORO, 1985, 26-27).

Por outro lado, a autoridade seria o poder legitimado, ou seja, seria a situação em haveria aceitação ou consentimento do governados, momento em que, como já afirmado, a obediência se fundamentaria na própria noção de dever, sendo desnecessária a sanção das leis, conforme Raymundo Faoro bem define no seguinte trecho (FAORO, 1985, p. 27-28):

Na escala do poder, embora em regre não se prescinda da aceitação, que poder ser passiva, não se cogita da aprovação ou do consentimento, categorias inerentes à legitimidade. Onde existe a autoridade, oriunda da legitimidade, o poder desempenha papel acessório, transformando a obediência dos destinatários do poder em dever, sem que seja necessário acionar as sanções das leis.

[...]

O poder vem do alto, do componente minoritário da sociedade, enquanto a legitimidade vem de baixo, como reconhecimento em torno de valores. O poder sempre existe de *facto*, na medida em que sustenta e opera com eficiência, enquanto a legitimidade se impõe de *jure*, não só pela lei, mas pela densidade que está atrás e acima da lei.

Fica bastante explícita, dessa forma, a importância que há, para ambos os autores aqui abordados, na distinção entre autoridade e poder, sendo que, segundo Paulo Bonavides, somente passou-se a realizar essa distinção após o advento da teoria do poder constituinte.

Isso porque, conforme o próprio momento histórico-filosófico em que está inserida, a teoria busca a despersonificação do poder, procurando estabelecer o poder pela lei. Nesse ponto, conforme será abordado mais adiante, não se reduz,

⁷ Sobre o tema, Raymundo Faoro afirma que *nem sempre o poder possui autoridade, o que leva o governante a supri-la com o aparelhamento de coerção, integrando o déficit de consentimento. A separação, no último caso, entre dirigentes e dirigidos indica a ausência de autoridade e a carência de legitimidade, obrigando o autocrata a substituir a lealdade dos cidadãos com a força revelada ou implícita.* (FAORO, 1985, p. 28-29)

evidentemente, a legitimidade à lei. O Estado do Direito organiza o poder por meio da lei, mas a sua legitimidade, como bem observado por Faoro, vem de baixo, pelo consentimento dos governados. Caso contrário, ter-se-ia o que Faoro identifica como o Estado de Direito semântico (FAORO, 1985, p. 31):

O poder não se desvia de seu círculo e não atinge a legitimidade apenas com o recurso de governar por meio de leis, ainda que as leis sejam votadas por corpos coletivos, os parlamentos e os congressos. A autocracia, nas suas modernas modalidades de totalitarismo ou autoritarismo, não perde suas características ao se converter semanticamente no Estado de Direito. Há uma falácia implícita em supor que o arbítrio deixa de existir no momento em que as ordens soberanas revestem o caráter de governo das leis e não governo dos homens, na consagrada fórmula liberal. Há alguma coisa mais que, qualificando o próprio Estado de Direito, lhe dá a densidade democrática, nem sempre coexistente ao liberalismo, como demonstra o perfil histórico das correntes (liberalismo e democracia).

Foi com fundamento nessas diferenciações que Paulo Bonavides considera ter sido possível a radical transformação das *bases da legitimidade histórica do poder constituinte*, sem a qual as noções de povo e nação não teriam subsistido para sustentar a permanência dessa mudança referente à legitimidade do poder constituinte (BONAVIDES, 2013, p. 149).

a) Titularidade

Ao abordar a questão de a quem pertence o poder constituinte originário, isto é, quem é o titular desse poder, Paulo Bonavides identifica a transformação de seu detentor ao longo da história, ressaltando que *a titularidade vem atribuída ora a Deus, ora a um príncipe ou monarca, bem como ao Povo, à Nação, a um Parlamento ou a uma Classe*.

Essa pluralidade de sujeitos que já foram considerados como os titulares do poder constituinte originário leva Paulo Bonavides à conclusão de que essa mencionada titularidade seria aferida de acordo com as circunstâncias históricas de cada momento. Por conseguinte, também seria mutável, adaptando-se às transformações provocadas pelas mudanças temporais e culturais.

O titular do poder constituinte seria, portanto, verificável faticamente, o que permite a Paulo Bonavides chegar à seguinte conclusão (BONAVIDES, 2013, p. 165):

Analizada ainda debaixo dessa consideração meramente fática de sua titularidade, o poder constituinte não se concentra nem se absorve num único titular, visível ou definido. Há um poder constituinte de titularidade indeterminada, fugaz, indecisa, cuja rara e difícil identificação no seio de uma ordem jurídica já estabelecida não deve eximir-nos da obrigação de examinar-lhe os efeitos, sempre patentes em mudanças de aparência imperceptível numa época, mas que com o tempo avultam a consideráveis proporções.

Não se trata de poder constituinte formal senão material, um tanto difuso, elemento componente de toda a dinâmica constitucional e, por sem dúvidas, aquele que mais significativamente explica certas variações ou mudanças profundas de sentido que tomam os textos constitucionais.

De acordo com o que compreende Paulo Bonavides, a titularidade do poder constituinte, ainda e, até mesmo, por que dependente das circunstâncias fáticas que o cerca e condiciona, é bastante fugaz, de difícil compreensão ou definição, não podendo se depositar em um ente definido a titularidade desse poder.

Todavia, é de grande utilidade para que se possa analisar o que o autor chamou de dinâmica constitucional, o que, em outros termos, significa a abordagem das diferentes transformações por que passam os textos constitucionais elaborados em diferentes contextos, sejam temporais, culturais ou espaciais

b) Legitimidade

Como visto, portanto, a titularidade do poder constituinte, conforme compreendida por Paulo Bonavides, é um fato, estando sujeito a diversas variáveis e não podendo ser concentrado em um só detentor que possa ser definido.

Em adição à essa percepção fática do poder constituinte, Paulo Bonavides destaca que também está presente na ideia de poder constituinte um elemento valorativo. Com efeito, a presença do valor no fato do poder constituinte permite que seja aferida a legitimidade deste poder, levando o autor a realizar a seguinte observação (BONAVIDES, 2013, p. 167):

Se isso acontece, principia, então, uma reflexão que obrigatoriamente se inclina para o exame dos valores cuja presença justifica tanto o comando como a obediência. O poder constituinte deixa de ser visto como um fato, como poder que é ou que foi, para ser visto como um fato acrescido de um valor; como poder que deve ser, conforme o título de legitimidade que lhe sirva de raiz ou respaldo na consciência dos governados.

Com efeito, Paulo Bonavides identifica que esse momento, em que se passa a enxergar o poder constituinte não somente como fato, mas também como valor e, por conseguinte, passa-se a avaliar a sua legitimidade, questionando o dever de obediência e outras consequências mais, é aquele em que surge, então, a teoria do poder constituinte, é o momento em que há a tomada de consciência quanto a essa forma de poder. Confira-se:

Só então brota uma teoria ou, com mais propriedade, uma doutrina do poder constituído. Se o valor prevalecente na consciência dos governados é aquele que não dispensa a feitura da obra constituinte sem a participação dos cidadãos, a saber, daqueles que até há pouco, tendo sido mero objeto do poder político, se convertem doravante em sujeitos desse momento poder, desponta desde aí uma teoria do poder constituinte, historicamente nova, inédita, revolucionária.

É com fundamento nessa ideia de legitimidade do poder constituinte que os governos serão questionados e revoluções e transições ocorrerão em diferentes países. Da mesma maneira, é essa atribuição de valor ao poder constituinte que será a responsável pelas elucubrações quanto às maneiras pelas quais o poder constituinte originário pode se manifestar e quais seriam os seus limites, se é que haveriam de existir.

Nesse ponto, aliás, é interessante destacar que, embora o poder constituinte seja incondicionado, sendo que os adeptos do jusnaturalismo entendem que as únicas limitações a que o poder constituinte estaria obrigado seriam aquelas referentes ao próprio direito natural, deve ser destacado que a dimensão valorativa do poder constituinte também traz limitações a seu exercício.

Isso significa que, para que possa ser considerado legítimo o poder constituinte deve se ater a alguns limites políticos referentes às características do local onde se manifesta, tal qual pondera Paulo Branco (MENDES; BRANCO, 2012, p. 119):

O caráter ilimitado, porém, deve ser entendido em termos. Diz respeito à liberdade do poder constituinte originário com relação a imposições da ordem jurídica que existia anteriormente. Mas haverá limitações políticas inerentes ao exercício do poder constituinte.

Se o poder constituinte é a expressão da vontade política da nação, não pode ser entendido sem a referência aos valores éticos, religiosos, culturais que informam essa mesma nação e que motivam as suas ações. Por isso, um grupo que se arrogue a condição de representante de poder constituinte originário, se se dispuser redigir uma Constituição que hostilize esses valores dominantes, não haverá de obter o acolhimento de suas regras pela

população, não terá êxito no seu empreendimento revolucionário e não será reconhecido como poder constituinte originário.

Isso significa, em outros termos, que, caso o poder constituinte originário não respeite certos limites impostos por valores da sociedade em que se manifesta, por consequência não será detentor de legitimidade e, assim, não conseguirá produzir um ato constituinte que tenha efetividade.

É o elemento valorativo, portanto, que aproxima a ideia de legitimidade do poder constituinte originário com o reconhecimento da existência de limites políticos ao exercício desse poder.

6. O Poder Constituinte Instituído

Para melhor compreensão desse trabalho, cumpre, ao final dessa primeira parte, a qual é dedicada à análise do entendimento doutrinário sobre o poder constituinte, traçar breves linhas sobre o poder constituinte não originário, mas derivado deste, identificando quais são as características básicas que permitem definir essa forma de poder constituinte.

A doutrina tradicional do poder constituinte estabelece, ao lado do poder constituinte originário, a existência de um poder constituinte instituído, isto é, a coexistência, visto que o poder constituinte originário caracteriza-se por sua permanência, de um poder constituinte instituído pelo poder constituinte originário por meio da Constituição.

Esse poder constituinte instituído possuiria características obviamente distintas do poder constituinte originário. Primeiramente, o poder constituinte instituído seria um poder derivado, uma vez que se trata de uma decorrência do poder constituinte originário, ou seja, diferentemente deste, o poder constituinte instituído não possui sua força em si próprio, mas sim no poder constituinte originário.

A segunda característica fundamental do poder constituinte instituído consiste na sua subordinação. Essa peculiaridade diz respeito à necessidade de que esse poder constituinte atue somente no âmbito que a constituição o autoriza, isto é, respeito ao que Manoel Gonçalves Ferreira Filho denomina de “limites de fundos” (FERREIRA FILHO, 2007, p. 114-115), os quais impõem restrições materiais à atuação do poder constituinte instituído.

Há, por fim, a característica referente ao condicionamento do poder constituinte. Diferencia-se esta qualidade da subordinação por consistir em respeito às limitações formais impostas pela carta constitucional. Trata-se, portanto, das condições procedimentais, temporais e circunstanciais que as constituições impõem ao poder constituinte derivado.

Em sua análise do poder constituinte instituído, Manoel Gonçalves Ferreira Filho identifica duas formas distintas de sua expressão. A primeira seria referente ao poder constituinte de reforma, sobre o qual o autor traça as seguintes considerações (FERREIRA FILHO, 2007, p. 124):

O Poder Constituinte de revisão é aquele poder inerente à constituição rígida que se destina a modificar essa Constituição segundo o que ela estabelece. Na verdade, o Poder Constituinte de revisão visa, em última análise, a permitir a mudança da Constituição a novas necessidades, a novos impulsos, a novas forças, sem que para tanto seja preciso recorrer à revolução, sem que seja preciso recorrer ao Poder Constituinte originário.

A segunda seria forma de expressão seria manifestada nos Estados que assumem a forma federativa, e consistiria no poder constituinte decorrente conferido aos estados-membro que compõem a União.

Embora consistam em formas realmente diferenciadas de expressão do poder constituinte, principalmente em virtude do seu âmbito de atuação – o poder constituinte de revisão atua na própria constituição da União, enquanto o poder constituinte dos Estados Federados limitam-se ao estado-membro respectivo – às duas são definidas as mesmas características, quais sejam, a derivação, a subordinação e a limitação.

7. Considerações Finais

Conforme pode se apreendido da análise feita sobre a teoria do poder constituinte de dois grandes constitucionalistas brasileiros, há uma grande preocupação em estruturar e conceituar o poder constituinte para que este possa ser entendido como objeto de estudo da Ciência do Direito. Para tanto, faz-se uso constante da doutrina desenvolvida principalmente na França, à época das revoluções que marcaram o fim dos regimes monárquicos e foram bastante caracterizada pela corrente de pensamento racionalista.

Todavia, é também bastante evidente que, embora haja alguns conceitos comuns à teoria do poder constituinte, como aqueles referentes à titularidade e a legitimidade, é certo que, em matéria de poder constituinte originário, a doutrina jurídica se mostra pouco confortável em analisá-lo, procurando, sempre que possível, remeter a outros ramos das ciências sociais, entre os quais se destaca, obviamente, a ciência política.

O que fica claro, dessa maneira, é que a doutrina tradicional do poder constituinte trabalha com categorias previamente definidas para analisar as expressões do poder constituinte e poder caracterizá-lo de acordo com suas concepções já formadas.

Capítulo II – A Experiência Constitucional Brasileira de 1987/1988

1. Introito

Estabelecidos e explicados os principais pontos de preocupação da doutrina tradicional do poder constituinte no Brasil, será agora abordado o último momento constituinte (aqui não se considerando, obviamente, o exercício do poder constituinte instituído) por que passou o País, estabelecendo como foco principal a legitimidade e a expressão do poder constituinte originário durante esse processo.

Embora não seja objeto principal desse trabalho, será realizado um breve histórico sobre a transição democrática por que passou o Brasil ao longo das décadas de 1970 e 1980, uma vez que são fatos históricos imprescindíveis para o momento constituinte de 1987/88.

Aliás, aqui se faz necessário estabelecer uma ressalva terminológica. A opção por se intitular esta parte do trabalho de “A experiência constituinte brasileira de 1987/1988” se baseia no período de funcionamento da Assembleia Nacional Constituinte, muito embora não se ignore que este período pode ser definido de outras maneiras, como muitas vezes o é considerando como marco inicial o ano de 1985, no qual foi promulgada a Emenda Constitucional de convocação da Assembleia Nacional Constituinte.

Assim, após tracejadas as linhas gerais que marcaram o processo de transição democrática nacional, serão abordadas as diferentes análises – as quais muitas vezes se fundam nos conceitos tradicionais de poder constituinte tratados na primeira parte desse trabalho – que foram feitas sobre o período e sobre a autoridade constitucional que dele resultou.

2. A Transição

Ao analisar o que denomina a *longa gestação do processo constituinte*, Leonardo Barbosa identifica como a primeira manifestação no sentido de reestabelecimento democrático por meio de um novo processo constituinte o VI Congresso Nacional do Partido Comunista Brasileiro, o qual foi realizado, de forma clandestina, apenas 3 anos após a tomada de poder por parte dos militares. Segundo Barbosa, nesse congresso teria se estabelecido a necessidade de se por fim ao regime

de exceção iniciado em 1964, objetivo que deveria ser cumprido por meio da adoção de uma nova constituição democrática (BARBOSA, 2009, p. 125).

No entanto, é o documento chamado “Carta do Recife” que é considerada a primeira manifestação relevante no sentido da convocação de uma constituinte, pois, além do impacto que a ideia causava na sociedade (BARBOSA, 2009, p.126), trata-se de fruto de um momento delicado da história do MDB, em que se cogitava até mesmo a autodissolução do partido como forma de oposição ao regime que se instalara.

Outro fato político marcante para o processo de transição democrática consistiu nas derrotas eleitorais sofridas pelo governo militar nas eleições de 1974 e 1976, ou seja, eleições tanto de âmbito nacional quanto de âmbito regional. Com a composição do Congresso Nacional desfavorável e o prenúncio de resultados ainda piores para as eleições que ocorreriam no ano de 1978⁸, o Presidente Geisel, sob o pretexto da derrota de sua tentativa de reforma do Poder Judiciário, determinou o recesso do Congresso Nacional.

Com essa medida, fazendo uso da prerrogativa prevista no § 1º do artigo 2º do Ato Institucional n. 5º, o qual conferia poderes legislativos ao chefe do executivo em casos de recesso do Congresso Nacional, o então Presidente da República tomou medidas as quais ficaram conhecidas como o “Pacote de Abril”. Essas medidas consistiram em alterações substanciais na legislação eleitoral, decretando o fim das eleições diretas para os governadores de estado, alterando a forma de votação dos colégios eleitorais estaduais e, dentre as alterações mais conhecidas, colocando uma das duas vagas da disputa eleitoral para o Senado Federal sob o regime de eleições indiretas, o que criou a figura dos denominados senadores “biônicos”. Foi também alterada a Lei Falcão, que dispunha sobre a propaganda política, impondo ainda maiores restrições às propagandas eleitorais televisivas.

Dentre as medidas mais relevantes trazidas pelo “Pacote de Abril” diz respeito à alteração do procedimento para reforma constitucional, ou seja, para a edição de emendas à Constituição. Após a insatisfação do Chefe de Estado com a exigência do

⁸ Leonardo Barbosa afirma, nesse sentido, que o Instituto de Pesquisa e Estudos Sociais – IPES – *uma das principais organizações que apoiaram o golpe de 1964, havia circulado um documento no governo intitulado “Considerações sobre os resultados das eleições de 1976 e a futura atitude política a tomar”*. No documento, o IPES previa uma derrota do governo no pleito de 78, a menos que fossem introduzidas alterações na legislação eleitoral. (2009, p. 128)

⁹ Art. 2º - O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sítio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República.

§ 1º - Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios.

quórum de 2/3 para a aprovação de emendas à Constituição¹⁰, o procedimento de revisão constitucional foi alterado para constar somente a exigência de maioria absoluta.

Evidentemente que essas medidas provocaram reações imediatas na sociedade e, com o fim do recesso do Congresso Nacional, reiteradas manifestações das lideranças da oposição e do MDB. A respeito do “Pacote de Abril” e suas consequências, Leonardo Barbosa afirma o seguinte (BARBOSA, 2009, p. 133):

O Pacote de Abril surgiu no cenário político no momento em que a oposição legal ensaiava um crescimento significativo e o discurso da abertura já havia se consolidado: havia quase oito anos que não eram editados atos institucionais. As medidas representaram o anticlímax desse processo e, ao mesmo tempo, o momento em que a ficção de normalidade político-institucional armada pelo governo esgarçou-se definitivamente. O Pacote, outorgado com base em prerrogativas criadas pelo Ato Institucional nº 5, símbolo do momento mais crítico e violento do processo repressivo, acabou por catalisar o sentimento de insatisfação com a “democracia a meias” à qual se referia Brossard, fortalecendo as posições políticas que defendiam a necessidade de superação da ordem jurídica vigente por meio da “grande obra de reconstitucionalização do País”.

Os resultados que a aprovação do chamado “Pacote de Abril” provocou foram evidentes. A facilitação que suas reformas trouxeram ao relacionamento do governo com o Congresso Nacional se devem principalmente ao fato de se reduzir, se não suprimir, os obstáculos que a oposição em maior número outrora conseguira impor às políticas governamentais. Maior exemplo dos resultados provocados pelas reformas do “Pacote de Abril” podem ser percebidos no fato de que entre sua outorga e a convocação da Assembleia Nacional Constituinte foram aprovadas dezessete emendas à Constituição (BARBOSA, 2009, p. 134).

No entanto, as primeiras reformas constitucionais consistiram em medidas que certamente contavam com relevante apoio popular, como foram a aprovação da chamada emenda “divorcista”, de autoria do Deputado Nelson Carneiro, que, como o próprio nome já indica, legalizou o divórcio no Brasil¹¹, e a aprovação da Emenda Constitucional n. 11, de 1978, a qual visava a revogação dos atos institucionais nas partes em que contrariavam o texto constitucional então vigente.

¹⁰ Quanto à essa insatisfação, Leonardo Barbosa relembra a manifestação do Presidente Geisel na reunião com o Conselho de Segurança ocorrida em 1º de abril de 1977, em que o então Chefe de Estado mostrou seu descontentamento com a exigência do quórum de dois terços para a aprovação de emendas à Constituição. (2009, p. 130)

¹¹ Leonardo Barbosa chama atenção para o fato de que a aprovação da emenda “divorcista”, sem qualquer obstrução por parte do governo militar, representou um duro golpe à Igreja Católica, a qual, por meio da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, consistia em uma das mais duras oposições ao regime que se instalara. (BARBOSA, 2009, p. 135)

Essa constatação, todavia, não foi vista com bons olhos por parte da oposição. De fato, os seus membros começaram a chamar a atenção para o fato de que as reformas políticas e eleitorais introduzidas pelo denominado “Pacote de Abril” consistiam em uma tentativa governamental de “abertura” controlada, em que o Congresso Nacional atuaria como legitimador constituinte das propostas governamentais, conforme bem salientou Leonardo Barbosa (BARBOSA, 2009, p. 135-136):

A redução do quórum para a aprovação de emendas constitucionais em 1977 foi percebida, principalmente pela oposição legal, como uma manobra no sentido de garantir condições para o prosseguimento da abertura por meio de um política legislativa reformista, sob rigoroso controle do governo.

Nesse período foram proferidos discursos oposicionistas na tribuna do Congresso Nacional com o objetivo de se alertar para a impossibilidade de que o governo, oriundo do rompimento do pacto social, pudesse por si realizar uma reforma constitucional que possibilitasse a reconciliação democrática e a abertura institucional.

Foi por essa razão que os debates constituinte ganharam força relevante no seio do Congresso Nacional, levando o então deputado Freitas Nobre, atento às ideias defendidas por ocasião da III Convenção Extraordinária do MDB, a afirmar que as reformas do “Pacote de Abril” teriam sido as grandes responsáveis pelo recrudescimento do debate constituinte e concluir que, por ser a constituinte o próprio povo, somente por uma Assembleia Exclusiva poderia se manifestar, e não por meio do Congresso Nacional como então estava se pretendendo (BARBOSA, 2009, p. 137). Foi no âmago desse referidos debates constituintes que José Sarney, então Senador pelo ARENA, teria afirmado que a proposta constituinte seria *irrealista*, considerando o princípio fundamental em que se motivava a Revolução.

Embora houvesse ainda quem procurasse afastar a ideia da constituinte, foi nesse momento, sem sombra de dúvidas, que o debate constituinte ganhou proporções sem precedentes durante o regime militar. Isso porque, embora o governo não evitasse esforços para diminuir a voz oposicionista, chegando, até mesmo, a cassar mandatos parlamentares e enquadrar o presidente do MDB, Ulysses Guimarães, em artigo do Código Eleitoral (347) que previa pena de prisão, as discussões e o apoio à ideia de

que uma nova constituinte se fazia necessária superaram os limites do Congresso Nacional, fazendo-se cada vez mais presente na sociedade civil.

Foi nesse momento, compreendido entre a segunda metade da década de 1970 e primeira metade da década de 1980, que surgiram inúmeras publicações debatendo a própria ideia constituinte e sua viabilidade¹², além das infindáveis colunas jornalísticas que passaram a abordar o tema.

Merecem, todavia, destaque como marcos do debate constituinte fora dos limites do Congresso Nacional, primeiramente a denominada “Carta aos Brasileiros”, lida nos pátios das Arcadas do Largo de São Francisco por seu autor, professor Goffredo Telles Júnior, a qual se autodenominava a *Proclamação de Princípios* das convicções políticas de seus subscritores, entre os qual se encontravam influentes pensadores, ministros e políticos, tais como Fábio Konder Comparato, Modesto Carvalhosa, Dalmo de Abreu Dallari, José Afonso da Silva, Miguel Reale Júnior, André Franco Montoro, Flávio Bierrenbach, Aliomar Baleeiro, Hermes Lima, entre tantos outros.

Nessa “Carta”, Goffredo Telles Júnior e os demais subscritores procuraram reafirmar as ideias de Estado de Direito, Soberania Popular e Democracia tais quais largamente difundidas, sem pretensões científicas de analisa-las, mas com forte teor político de transformar a ordem político-constitucional que então era vigente no Brasil. Visando a tal esforço, o professor Goffredo Telles Júnior sustenta que:

somente o Povo, por meio de seus Representantes, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, ou por meio de uma Revolução vitoriosa, tem competência para elaborar a Constituição; que somente o Povo tem competência para substituir a Constituição vigente por outra, nos casos em que isto se faz necessário¹³.

Também se destaca como referência do debate constituinte fora dos limites do Congresso Nacional a posição adotada pela Ordem dos Advogados do Brasil após Raymundo Faoro assumir sua presidência. Durante esse período, entre outros congressos realizados pela OAB, merece atenção o Congresso Pontes de Miranda, realizado em Porto Alegre em 1981, no qual foi aprovado um anteprojeto de

¹² Entre muitas outras, podem ser destacadas aqui as obras *Assembleia Constituinte, a legitimidade recuperada*, de Raymundo Faoro (1981), *A Constituinte em Debate*, organizada por Luiz Roberto Salinas Fortes e Milton Meira do Nascimento (1986), *A Questão da Constituinte: Uma análise marxista*, de Benedicto de Campos.

¹³ Trecho da Carta aos Brasileiros, de 1977, disponível em http://www.goffredotellesjr.adv.br/site/pagina.php?id_pg=30 [acesso em 15.11.2013]

Constituição publicado pela seccional gaúcha da OAB sob o título de “Proposta de Constituição Democrática para o Brasil” no mesmo ano de realização do congresso.

Foi durante essa efervescência constituinte que surgiu o Partido dos Trabalhadores (PT), no ano de 1980, o qual, com o auxílio do professor Fábio Konder Comparato, logo apresentou também um anteprojeto de Constituição

Ao lado dessas manifestações isoladas, mas de grande repercussão, também tiveram papel relevante no processo de convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte a atuação ativa da Igreja Católica – a qual denunciou as torturas que se praticavam durante o regime militar e, principalmente pela figura de Dom Helder Câmara, conferiu proteção àqueles que eram objeto de perseguição política do regime – e os movimentos sindicais – os quais atuaram por meio de várias greves e formalizaram o apoio à realização de uma Assembleia Constituinte após a Conferência Nacional da Classe Trabalhadora – CONCLAT, realizada em 1981.

Não se pode, da mesma maneira, olvidar os debates que ocorreram e possibilitaram a edição da chamada Lei da Anistia, a qual possui estreita relação com o aquecimento dos debates constituinte, conforme o Ministro Gilmar Mendes ponderou em seu voto no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 153, *a anistia ampla e geral representa o resultado de um compromisso constitucional que tornou possível a própria fundação e a construção da ordem constitucional de 1988*¹⁴.

No mesmo sentido, o Ministro Eros Grau, criticando aquela que, a seu ver, seria uma interpretação equivocada da História nacional, assim relaciona a luta (ou o acordo) pela anistia com a transição democrática que se desenhava no Brasil. Confira-se:

Há quem se oponha ao fato de a migração da ditadura para a democracia política ter sido uma transição conciliada, suave em razão de certos compromissos. Isso porque foram todos absolvidos, uns absolvendo-se a si mesmos.

Ocorre que os subversivos a obtiveram, a anistia, à custa dessa amplitude. Era ceder e sobreviver ou não ceder e continuar a viver em angústia (em alguns casos, nem mesmo viver).¹⁵

A despeito de todos esses movimentos que ocorreram ao longo da segunda metade da década de 1970 e primeira metade da década de 1980, José Afonso da

¹⁴ Página 21 do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADPF n. 153.

¹⁵ Página 27 do voto do Ministro Eros Grau no julgamento da ADPF n. 153

Silva considera que somente com o mobilização havida em torno das “Diretas-Já” é que se pode afirmar que o debate constituinte superou os limites das elites e foi recepcionado pelo povo, conforme externa no seguinte trecho (SILVA, 2011, p. 82):

As discussões em torno da normalização democrática e da conquista do Estado Democrático de Direito já em 1984 tinham deixado de ser digressões das elites. Tomaram as ruas. As multidões que acorreram aos comícios em prol da eleição direta do Presidente da República no primeiro semestre de 1984 interpretavam os sentimentos da Nação, em busca do reequilíbrio da vida nacional, que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional, que refizesse o pacto social e realizasse as tendências populares.

É claro, no entanto, que, ainda que se entenda que os debates constituintes somente extrapolaram os limites das elites no ano de 1984, não resta dúvida quanto à importância fundamental que todos os pronunciamentos, posicionamentos e publicações tiveram para possibilitar a eclosão dos movimentos populares de massa em prol da realização de uma Assembleia Constituinte.

Vê-se, portanto, que a tentativa de reforma, ou abertura, conduzida pelo governo militar, teve sempre como objetivo final o que Raymundo Faoro chamou de *núcleo decisório fundamental*. Essa tentativa de abertura sem perder o mando, todavia, não possuía legitimidade, senão apenas legalidade (FAORO, 1981, p. 69), o que inevitavelmente, considerando a perda da força que mantinha possível o poder, teve por consequência a necessidade de transformações mais duras, as quais haveriam de necessariamente violar o referido núcleo decisório fundamental¹⁶.

3. A Emenda Constitucional n. 26 de 27 de novembro de 1985

Muito embora os movimentos oposicionistas e populares de apoio às eleições diretas não tenha obtido êxito, a eleição de Tancredo Neves, publicamente comprometido com a realização da “Nova República” (SILVA, 2011, p. 83), marcou o renovar de esperança da população brasileira com relação ao estabelecimento do “pacto social”, isto é, a possibilidade de novamente haver relação entre legalidade e legitimidade do poder.

¹⁶ Raymundo Faoro, quanto a esse momento por que passava o governo militar e as tentativas de abertura sem a perda do mando, afirma o seguinte: *Querer recuperar a legitimidade com a incolumidade essencial do sistema é tarefa contraditória e socialmente impossível!* (FAORO, 1981, p. 70).

A efervescência do discurso constituinte passou a ocupar lugar de destaque nos mais diversos meios sociais, o que teve por último efeito, por circunstâncias que não podem ser aqui categorizadas¹⁷, a convocação da Assembleia Nacional Constituinte por meio de emenda constitucional.

Superada a derrota das “Diretas-Já”, restara, como herança, a confiança de que o presidente eleito indiretamente, Tancredo Neves – que, como se sabe, sequer assumiu a Presidência da República, pois faleceu na véspera de sua posse – convocaria a Assembleia Nacional Constituinte. Nesse sentido, Sergio Rocha relembra o compromisso que Tancredo havia feito publicamente (ROCHA, 2013, p. 52):

Assumo, diante de nosso povo, o compromisso de promover, com a força política que a Presidência da República confere a seu ocupante, a convocação de poder constituinte para, com a urgência necessária, discutir e aprovar a nova Carta Constitucional.

Apesar da desconfiança que o vice-presidente eleito, José Sarney, poderia inspirar quanto à convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte – pois, quando ainda era filiado à ARENA¹⁸, partido do governo militar, manifestou-se abertamente quanto à desnecessidade da realização de uma constituinte para a consolidação do processo de transição (BARBOSA, 2009, p. 136-137) –, não desconsiderou o compromisso feito por Tancredo Neves e enviou ao Congresso Nacional a proposta de emenda constitucional n. 43, de 28 de junho de 1985, que resultaria na convocação da Assembleia Nacional Constituinte.

Foi por meio da mensagem n. 48 de 1985 que o Presidente José Sarney encaminhou ao Congresso Nacional a referida proposta de emenda constitucional, em que reafirmava *o compromisso histórico firmado no curso do movimento cívico que congregou brasileiros de todas as condições, com o propósito de democratizar a sociedade e o Estado*.

A proposta de emenda constitucional encaminhada pelo Chefe do Poder Executivo ao Congresso Nacional continha apenas três artigos. O primeiro definia que o Congresso Nacional, sem prejuízo de suas atribuições ordinárias, se reuniria em

¹⁷ Quanto às múltiplas vicissitudes que levaram à convocação da Assembleia Nacional Constituinte, Cícero Araújo afirma o seguinte: *Contudo, a transição brasileira, longa como foi, revelou-se tão cheia de zigue-zagues que dificilmente poderia ser reduzida a avaliações esquemáticas* (ARAÚJO, 2013, p. 334-335).

¹⁸ José Sarney, apesar de sua marcante ligação com o regime militar, teria sido opção de Ulysses Guimarães para ingressar na chapa como vice-presidente para conseguir os votos da Frente Liberal necessários à eleição de Tancredo Neves (ROCHA, 2013, p.51)

Assembleia Nacional Constituinte livre e soberana. O segundo estabelecia que o presidente do Supremo Tribunal Federal seria o responsável por presidir a sessão inaugural da Assembleia Nacional Constituinte. Por fim, o terceiro traçava condições mínimas de procedimento interno da referida Assembleia, delineando a forma em que deveriam ocorrer as suas votações.

Merece destaque, tendo em vista os debates constituintes que antecederam e, da mesma maneira, sucederam a Assembleia Nacional Constituinte, a forma não-exclusiva que se previa na proposta de emenda constitucional em referência. Isto é, a mensagem encaminhada ao Congresso Nacional com a proposta de convocação da Assembleia Nacional Constituinte estabeleceu que a próxima legislatura do Congresso exerceria as suas funções legislativas ordinárias ao mesmo tempo em que seria investidos de poderes constituintes. Nesse sentido, a mensagem encaminhada ao Congresso Nacional pelo Presidente da República fez questão de firmar a ideia da convivência das duas formas de poder constituinte que passaria a existir com a aprovação da emenda constitucional que se propunha:

O compromisso, antes aludido, de convocação da Assembléia Nacional Constituinte, de par com os traços de generosa confiança e incontida esperança que o exornam, singulariza-se pelo fato de estar em plena vigência uma ordem jurídica e suas instituições políticas e civis, cujo império se estenderá até o momento em que for promulgada a nova Constituição. Até lá, e sob pena de instalar-se o caos normativo, que a ninguém aproveitaria, é necessário respeitar a lei que temos e modificá-la segundo os processos por ela própria admitidos, para que a vontade de alguns não seja erigida em mandamento supremo de todos.

Da inelutável necessidade de manter e operar as instituições governativas vigentes, harmonizando-as à imperiosa aspiração de instaurar outras mais livres e justas, resulta o texto que ora submeto à deliberação dos Senhores Membros do Poder Legislativo da União.

Por isso, nele se prevê a investidura de poder constituinte pleno nos Deputados Federais e Senadores escolhidos pelo sufrágio do povo brasileiro.

Após a tramitação do feito no Congresso Nacional, fase em que foram incluídos artigos que reafirmaram a Lei de Anistia anteriormente aprovada e outras questões menores, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 26 de 1985, a qual, em que pese o acréscimo de outros artigos em seu texto, manteve o espírito inicial, confirmando os três artigos que haviam sido propostos pelo Presidente da República e determinando o seguinte:

Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.

Dez dias antes, contudo, de encaminhar ao Congresso Nacional a proposta de emenda constitucional que culminaria a convocação da Assembleia Nacional Constituinte, o Presidente da República editou o Decreto n. 91.450/1985 o qual, declarando expressamente a necessidade de o Poder Executivo participar dos trabalhos constituintes que viriam, bem como *considerando que todos os brasileiros, todas as instituições representativas da sociedade, públicas ou privadas, devem colaborar com os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, para que se obtenha ampla representatividade nacional*, convocou a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais.

Essa comissão, que recebeu pejorativamente a alcunha de Comissão dos Notáveis, pelo fato de ser composta apenas por 50 (cinquenta) reconhecidos pensadores da época, foi presidida por Afonso Arinos e apresentou seu anteprojeto ainda em 1986. O projeto, que inicialmente estava previsto para ser encaminhado à Assembleia Nacional Constituinte, não o foi, por questões políticas, mas foi publicado no Diário Oficial do dia 26 de setembro do referido ano.

Assim, observando o que havia sido previsto pela Emenda Constitucional n. 26/1985, o Congresso Nacional eleito reuniu-se em Assembleia Nacional Constituinte no dia 1º de fevereiro de 1987 em sessão presidida pelo então presidente do Supremo Tribunal Federal, José Carlos Moreira Alves.

Ainda antes da eleição para quem seria o presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Moreira Alves viu-se na tarefa de resolver Questão de Ordem apresentada pelo constituinte Plínio de Arruda Sampaio sobre a possibilidade dos membros do Senado Federal que haviam sido eleitos ainda no ano de 1982 participarem dos trabalhos constituintes. Sobre o acontecimento, Daniel Sarmento faz as seguintes considerações(SARMENTO, 2009, p. 15):

A Assembleia Nacional Constituinte foi instalada no dia 1º de fevereiro de 1987, sob a Presidência do então Presidente do STF, Ministro José Carlos Moreira Alves. Logo na segunda sessão da Constituinte, o Deputado do PT, Plínio de Arruda Sampaio, levantou questão de ordem a propósito da legitimidade da participação dos senadores biônicos naquela Assembleia, uma vez que estes não tinham recebido delegação expressa do povo para elaboração da nova Carta. O Ministro Moreira Alves decidiu a questão de ordem em favor da participação daqueles 23 senadores na Constituinte, diante do teor da EC 26/1985. Contra a sua decisão, foi interposto recurso

para o Plenário, que confirmou a decisão de Moreira Alves, por 394 votos contra 124, registrando-se 17 abstenções.

Foi dessa forma, portanto, que a Assembleia Nacional Constituinte, ou melhor, o Congresso Nacional reunido em Assembleia Nacional Constituinte foi concretizado, após intensos debates acadêmicos e manifestações sociais e políticas pelas mais variadas formas de sua convocação, conforme será abordado no próximo capítulo.

4. Considerações Finais

Como visto, o presente capítulo não possui a pretensão de esgotar o processo de transição democrática por qual o Brasil passou ao longo das décadas de 1970 e 1980, mas, longe disso, apenas assentar as linhas gerais do contexto político em que os debates constituintes analisados tiveram lugar.

Tendo em mente essa observação, fica evidente que o processo constituinte retratado não se trata de um processo linear, mais sim um complexo e multifacetado conjunto de acontecimentos simultâneos, os quais possibilitaram que o País, ao contrário de seus vizinhos¹⁹ que também saíam de longos regimes ditatoriais, optasse pela realização de uma Assembleia Constituinte.

Os fatores, no entanto, que levaram à convocação da Assembleia Nacional Constituinte e a forma pela qual foi exercida são objetos de debates que perduram até hoje, sem inequívoco que à época era bastante intensa as discussões sobre o poder constituinte e as suas formas de expressão legítima, conforme será abordado

¹⁹ Quanto às experiências vizinhas, vale trazer o que Cícero Araújo analisa sobre o processo constituinte argentino: *Para ficar apenas num exemplo: poucos anos antes, a ditadura militar argentina havia virtualmente desmoronado, propiciando passagem muito rápida para um regime democrático. O ponto é que as negociações da transição e o programa do novo governo – sufragado, ao contrário do brasileiro, diretamente nas urnas –, não previam a convocação de uma assembleia constituinte. Ao invés de elaborar uma constituição “novinha em folha”, os argentinos preferiram voltar à velha Constituição de 1853, naturalmente recheada com atualizações. E isso se dá apesar do caráter tão mais “rupturista” do processo argentino – em virtude da completa desmoralização das Forças Armadas que se segue à derrota argentina na Guerra das Malvinas –, o que, segundo as teorias constitucionais antes aludidas, justificaria, melhor do que no caso brasileiro, a invocação de um poder constituinte pleno, isto é, “originário”, livre da tutela de qualquer legalidade antecedente.* (ARAÚJO, 2013, p. 336).

Capítulo III - A Teoria Tradicional do Poder Constituinte e o Debate Constituinte Brasileiro

1. Introito

Conforme pôde ficar bastante evidente, ainda que tenha sido instituída uma Assembleia Nacional Constituinte (Congresso com poderes constituintes), bem como a elite dominante (pelo menos no que diz respeito aos militares) tenha saído do poder, não houve no contexto brasileiro de redemocratização ocorrido ao longo das décadas de 1970 e 1980 nenhuma revolução no sentido tal qual delineado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (abordado no Capítulo I).

Primeiramente, não se pode amoldar a experiência que houve no período aqui tratado no conceito de revolução social elaborado, com fundamento na doutrina estrangeira, por Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Isso porque, ainda que tenha havido episódios pontuais de combate armado, nenhum grupo contestante organizado assumiu o poder derrubando a elite que até então dominava. Pelo contrário, o que se percebe na realidade experimentada no Brasil é uma continuidade absolutamente *sui generis*, em que o Presidente da República à frente do governo durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte era, até pouco tempo antes, líder do partido que governava sob a égide da Constituição anterior. Além disso, apenas parte do Congresso constituinte havia sido eleita por meio de eleições diretas, sendo que ainda o compunham os denominados senadores biônicos, os quais haviam sido escolhidos unilateralmente por parte dos detentores do poder durante o regime militar. Portanto, não há qualquer espaço para se amoldar a realidade brasileira ao que Ferreira Filho denominou de revolução como fenômeno social.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho também trabalha, como visto, com o conceito de revolução como fenômeno jurídico. No entanto, tampouco esse conceito é suficiente para descrever o que se passou no contexto político-constitucional brasileiro durante as décadas de 1970 e 1980. Isso porque, segundo o autor, a revolução como fenômeno jurídico seria caracterizada pela substituição da ordem jurídica anterior por uma nova por meios não previstos pelo ordenamento. Ocorre que, conforme exposto no presente trabalho, não houve no Brasil a substituição da ordem jurídica vigente por meios ilegais, mas sim por expressa previsão constitucional, uma vez que a própria Assembleia Nacional Constituinte foi

convocada pela Constituição anteriormente vigente, por meio da mencionada Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985.

Não se pode, dessa maneira, afirmar, segundo os conceitos clássicos de revolução como trabalhados por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que houve, na última experiência constituinte brasileira, qualquer forma de revolução, seja sob seu prisma social, seja como fenômeno jurídico.

Por outro lado, é inegável que os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 resultaram na promulgação de uma nova Constituição para o Brasil, a qual está vigente há mais de 25 anos e relativamente mantendo a estabilidade institucional do País.

Não obstante essa constatação, muito se contestou nos momentos em que antecederam ou mesmo após os trabalhos constituintes sobre a legitimidade da Assembleia Nacional Constituinte que havia sido convocada, isto é, houve relevantes debates sobre o poder constituinte e se, de fato, estava-se diante de uma forma de manifestação do poder constituinte originário, o qual é a única forma de se praticar um ato constituinte com efetividade.

Será, portanto, abordada nesse tópico a produção intelectual e acadêmica nacional sobre o momento constituinte por que passou o Brasil durante o último quarto do século XX.

2. Raymundo Faoro e a busca por recuperar a legitimidade

Como já foi previamente abordado, durante o período denominado de transição democrática que marcou o final do governo militar, houve, dentre outras formas de manifestação, um aumento significativo na produção intelectual de artigos e trabalhos sobre o poder constituinte e a própria possibilidade de se realizar uma assembleia constituinte no Brasil.

Destaca-se, dentre as inúmeras produções que foram editadas durante o período referido, o trabalho de Raymundo Faoro intitulado *Assembleia Constituinte, a legitimidade recuperada*, cuja primeira edição foi lançada em 1981, após o término de sua atuante e marcante presidência da Ordem dos Advogados do Brasil, entre os anos de 1977 e 1979.

Neste pequeno livro, Raymundo Faoro trabalha, conforme já referido em alguns momentos deste trabalho, com os conceitos de poder e autoridade para, então,

atingir o ponto principal de sua argumentação, que recai sobre o conceito de legitimidade, fonte de sustentação de qualquer autoridade, isto é, elemento que permite o poder ser autoridade. Faoro trabalha com o conceito de legitimidade como o meio em que os governados passam a obedecer voluntariamente, conforme deixa evidente no seguinte trecho em que analisa a autoridade (FAORO, 1981, p. 46):

O conceito de autoridade supõe, ao contrário, um comando, que tem a probabilidade de ser obedecido. Os motivos que levam a acatar a autoridade são múltiplos.: vão desde o costume até o cálculo puramente racional da vantagem que se adquire ao ceder. Importa acentuar, entretanto, que a presença da autoridade – e não a do poder – se conjuga sempre com um mínimo de voluntária aceitação, que define a obediência.

[...]

O que distingue a autoridade e a caracteriza com atributos que transcendem o conceito de poder é o seu momento de *crença* na legitimidade.

Seu objetivo, contudo, não se restringe à merateorização política, senão à análise do contexto político brasileiro e à provocação de novas ideias que procurem romper com a ordem até então estabelecida. O que parece mover Faoro, como já indicado, é a tentativa de distensão do regime militar sem perder o controle central das tomadas decisão, o que fica evidente no capítulo à análise do poder constituinte de revisão ao qual conferiu o título de *A evasiva da legitimidade: o remendo constitucional* (FAORO, 1981, p. 69-80).

A análise política que Raymundo Faoro faz sobre o momento por que passa o fim do regime militar é bastante realista quanto ao distanciamento evidentemente existente entre governantes e governados, sendo que o pensador político faz largamente uso dos conceitos tradicionalmente utilizados pela doutrina tradicional do poder constituinte para colocar em xeque a reforma que o governo militar pretendia empreender.

Nesse sentido, o autor dedica páginas à diferenciação entre o poder constituinte originário e o poder constituinte instituído para destacar a impossibilidade de este último realizar reformas que procurem conferir legitimidade ao primeiro, conforme o seguinte trecho é bastante exemplificativo (FAORO, 1981, p. 75-76):

Nas circunstâncias brasileiras atuais, não há uma constituição, mas um arranjo firmado entre os detentores do poder, fixado para, elitisticamente, opor barreiras à participação popular, reduzindo-lhe a consistência e o vigor, ainda que eleitoralmente manifestado. O poder reformador, por ser um poder instituído ou derivado se baliza necessariamente pela letra e pela

significação do documento que pretende alterar. Há aqui a paródia de uma paródia, numa tentativa de fiar de dia para, de noite, desfiar a tela. Se o Poder Constituinte não foi chamado para remediar ou renovar uma crise de degenerescência da legitimidade, seria absurdo convocar um agente que não tem autonomia e depende de outro para ocupar espaço vazio. O poder constituído não pode jamais eliminar o poder originário, que não se compatibiliza com os freios vigentes nem se atrela a procedimentos de revisão prévios.

É bastante claro, nesse sentido, que o espírito que move Raymundo Faoro a clamar pela necessidade de uma Assembleia Constituinte reside no fato de que o governo militar carecia de qualquer legitimidade e, ainda assim, procurava, por meio de poderes instituídos, realizar reformas que conferissem novamente legitimidade ao poder. Como já visto, trata-se do mesmo elemento catalizador observado nas manifestações políticas havidas dentro do Congresso Nacional por parte dos parlamentares opositores. Como dito, esses começaram a defender a realização de uma assembleia constituinte a partir do momento em que, após a instituição do chamado “Pacote de Abril” o governo passou a realizar a abertura por meio de sucessivas emendas ao texto constitucional, sem, no entanto, que isso representasse a perda do núcleo fundamental da tomada de decisões.

Tendo em mente um *repúdio às falsas soluções, que querem remendar a roupa podre com um pano novo* (FAORO, 1981, p. 82) o autor chama a atenção à usurpação do poder constituinte *por obra da audácia e das armas*, o qual, como em qualquer regime democrático, pertence ao povo. Assim, como meio para se recuperar a legitimidade do poder, encontra como única solução a realização de uma assembleia constituinte, meio de expressão do poder constituinte originário, único capaz de retomar a legitimidade do poder, uma vez que o faz, como salienta Raymundo Faoro, de baixo para cima (FAORO, 1981, p. 95).

Embora faça uso da doutrina tradicional do poder constituinte para delimitar os conceitos de poder constituinte originário e derivado e, assim, criticar o governo militar, Faoro não se atém à tradicional concepção de que se faz necessária a eclosão de uma revolução para que se possa, então, convocar uma assembleia constituinte. Em outros termos, Raymundo Faoro visualiza a possibilidade de manifestação do poder constituinte originário sem que seja precedido de uma revolução. Inclusive, cita três momentos de nossa história em que teria ocorrido a manifestação do poder constituinte originário por meio de transições havidas em virtude do enfraquecimento do poder perante a legitimidade (FAORO, 1981, p. 91).

No entanto, ao clamar pela necessidade de que seja convocada uma assembleia constituinte que possibilite a retomada da legitimidade e, até mesmo, ressaltar a possibilidade de que essa convocação seja realizada por ato do poder constituído como um meio de transição sem ruptura formal²⁰, Raymundo Faoro critica veemente a ideia de se conferir ao Congresso Nacional, poder instituído, os poderes constituintes²¹, conforme fica bastante claro no seguinte trecho (FAORO, 1981, p. 70-71):

A atividade constituinte, nas hipóteses cogitadas [congresso constituinte, atual ou futuro], não se expressa como manifestação da legitimidade que está na sociedade e se transpõe às instituições. O poder constituinte, sejam quais forem as cortinas de fumaça que procurem obscurecê-lo, será sempre um poder constituinte constituído, derivado ou instituído, de segundo grau. O que se pretende será editar – o achado estilístico é do Ato Institucional n.º 1 – uma nova constituição, mediante a chancela e o carimbo do Congresso Nacional, ao molde do que se fez por obra do Ato Institucional n.º 4, de 7 de dezembro de 1966, que culminou na feitura da Constituição de 24 de janeiro de 1967, nominalmente a que rege o país.

Vale destacar que Raymundo Faoro não alterou seu entendimento quanto à ilegitimidade de uma Assembleia Nacional Constituinte que, na realidade, seja um Congresso com poderes constituinte. Com efeito, em artigo publicado após a convocação da Assembleia Nacional Constituinte – momento, portanto, em que já se sabia se tratar de um Congresso constituinte, o qual, contudo, não havia sido limitado pela emenda constitucional que o convocara – de sugestivo título *Constituinte ou Congresso com Poderes Constituintes*, Raymundo Faoro, após realizar detido exame da história constitucional brasileira, tece contundentes críticas à forma utilizada para o que chama de *reforma constitucional*, e não uma assembleia constituinte de fato, conforme explicitado no seguinte excerto extraído do artigo (FAORO, 1987, p. 17):

O que se chama hoje de Constituinte nada mais seria do que a atividade do Congresso por tempo certo, que emende a Carta vigente, num pequeno ou num grande retalho. Cogita-se nos termos da palavra governamental, reorganizar o ordenamento jurídico, *auscultando* – continuo citando – a

²⁰ Quanto a esse ponto, é interessante trazer a crítica que Raymundo Faoro faz ao pensamento tradicional brasileiro sobre a necessidade de revolução para a configuração de um momento constituinte, conforme expressou no seguinte trecho: *Os padrões – Locke, Sieyès e Madison – desmentem um clichê, que medrou impunemente entre nós, de que a situação constituinte se revela depois da ruptura do quadro constituído. Os ensaios de Locke, apesar de publicados depois da Gloriosa Revolução, foram escritos e pensados antes dela, ombreando com profusa literatura então corrente. Sieyès precede à Revolução Francesa. Madison discutiu sua tese depois do ordenamento, tido por definitivo, da Confederação Americana.*

A realidade brasileira, do mesmo modo, traduz idêntica experiência. A Constituinte do Império, que se reuniu em 1823, foi convocada antes e não depois da Independência. A Constituinte de 46 corporificou-se, ganhou densidade, em pleno Estado Novo, não depois da queda do ditador. (FAORO, 1987, p. 12)

²¹ No mesmo sentido Sieyès já havia se posicionado ao formular a seguinte questão: *How can it be imagined that a constituted body can decide upon its constitution?* (SIEYÈS, 2003, p. 138).

sociedade civil, *colhendo* sugestões e “negociando com as lideranças de todos os detores”.

Ninguém pode negar que, nas entrelinhas e na prudência das falas, há sinceridade: Não se quer a Assembleia Nacional Constituinte. Quer-se, pura e simplesmente, que o legislador ordinário atualize seus poderes constituintes, na miragem semântica que confunde os ingênuos.

Prossegue o autor ao criticar os procedimentos eleitorais nacionais, os quais seriam mais um obstáculo colocado no caminho da legitimidade da Assembleia Constituinte que se convocara, referindo-se, quanto a esse ponto, da seguinte maneira (FAORO, 1987, p. 24):

A Constituinte – a farsa começa por aí, ao apelidar de Constituinte o Congresso – pressupõe reformas prévias absolutamente indispensáveis para convocá-la, a fixação da verdade representativa, o arquivamento de casuísmos eleitorais, o estabelecimento da liberdade de divulgação e debate, a liberdade partidária, que não comporta banimento de nenhum partido.

Fica claro, pelo que aqui se expôs da obra de Raymundo Faoro no que diz respeito ao exercício do poder constituinte brasileiro no reestabelecimento da democracia após o governo militar, que o autor opôs-se fortemente à ideia de um Congresso com poderes constituintes, amparado em ideias que remontam à própria origem do pensamento do poder constituinte, não vislumbrando qualquer legitimidade nessa forma de manifestação do poder.

2. A posição peculiar de Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Em artigo publicado em 27 de julho de 1977 pela Folha de São Paulo, ao qual Manoel Gonçalves Ferreira Filho conferiu o sugestivo título de *O Ledo Engano da Constituinte*, o autor critica as ideias que rondavam seu tempo acerca da necessidade de convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte para reestabelecer a ordem democrática no País. O ledos engano que o autor identifica nesse pensamento consiste, segundo sua visão, na falta de percepção de que a cultura política do país não possuiria o refinamento necessário às discussões que são fundamentais à elaboração de uma Constituição, como a forma de governo e o sistema representativo. Dessa maneira, Ferreira Filho compreende ser indispensável um longo debate para que se preceda a convocação de uma Assembleia Constituinte. Por essas considerações, o

autor conclui da seguinte forma sobre as ideias de convocação de uma Assembleia Constituinte para a época em que escrevia:

É óbvio que uma Constituinte não será mais sábia do que os homens que a compuserem. Lamentavelmente o Espírito Santo não tem, nos últimos tempos, descido à terra sequer para inspirar os crentes, quanto mais os políticos. Assim, a Assembleia, eleita democraticamente como democraticamente o foi o atual Congresso, não poderá contar com luzes especiais. Deverá reproduzir o presente debate. E girar em torno das ideias que ora circulam.

No entanto, não parece ter sido apenas a falta de amadurecimento político o obstáculo enxergado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho à convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte. Por ocasião do triunfo eleitoral de Tancredo Neves e a perspectiva de instalação da chamada Nova República, Ferreira Filho publicou estudo o qual está inteiramente reproduzido em seu livro *Poder Constituinte*. Neste estudo, o autor procura analisar a proposta de elaboração de uma nova Constituição, tal qual estava previsto no projeto de governo da nova liderança.

Dessa forma, ao formular a pergunta *Por que a Constituinte?*, Manoel Gonçalves Ferreira Filho identifica que, embora se trate da primeira liderança civil desde 1964, a eleição de Tancredo Neves não trouxe o aparecimento de uma nova elite, tendo em vista que sempre estiveram presentes, ainda que como partido de oposição, no poder (FERREIRA FILHO, 2007, p. 158).

Esse entendimento adotado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho o permite, por meio de uma construção lógica totalmente amparada na teoria tradicional do poder constituinte, concluir que não haveria margem à atuação do poder constituinte originário e, por conseguinte, para a Convocação de uma Assembleia Constituinte pela simples razão de que não houve revolução, conforme o seguinte excerto é bastante explicativo (FERREIRA FILHO, 2007, p. 159):

Assim, a *Nova República* não nasceu de uma revolução, surgiu do exato cumprimento da Constituição em vigor. Não lhe é dado, em consequência, invocar o poder constituinte revolucionário. Não detém ela Poder Constituinte originário. E o terreno em que pisa é movediço demais para que ouse quebrar a Constituição, visto que está é seu título ao Poder. E, sem este, talvez não possa contar com outro – a força – para nele se manter.

Cumprido ressaltar que mesmo após os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 e a promulgação da Constituição em 5 de outubro de 1988,

Manoel Gonçalves Ferreira Filho manteve-se fiel a suas concepções e à teoria tradicional do poder constituinte, recusando-se a reconhecer nesse processo a expressão do poder constituinte originário, conforme o seguinte trecho deixa bastante evidente (FERREIRA FILHO, 2007, p. 164):

Indubitavelmente, a nova Constituição foi obra de um poder derivado, conquanto a paixão política levasse muitos a sustentar o insustentável – ser uma Constituinte, convocada por uma Emenda à Constituição então vigente, composta inclusive por senadores eleitos há quatro anos, poder originário...

Percebe-se, portanto, que Manoel Gonçalves Ferreira Filho, não importa a situação que se coloca para sua análise, procura adaptá-la às definições e conceitos referidos no primeiro capítulo deste trabalho, chegando até mesmo a afirmar que não houve, na elaboração da Constituição que hoje nos rege, o exercício do poder constituinte originário.

3. Afonso Arinos e a única via da Assembleia Constituinte instituída

Diferentemente das leituras que até agora foram realizadas acerca do poder constituinte e a forma de sua expressão para possibilitar a recuperação da legitimidade no cenário político brasileiro, Afonso Arinos de Melo Franco, em artigo lido na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal no ano de 1981 (no mesmo ano em que Raymundo Faoro publicou a primeira edição de seu *Assembleia Constituinte, a legitimidade recuperada*), apresenta uma outra perspectiva sobre a questão constituinte, defendendo, com o uso de argumentos históricos, a necessidade (veja que não se trata de possibilidade) de que a constituinte seja instituída pelo poder então vigente.

Afonso Arinos parte do pressuposto de que qualquer sociedade com o mínimo de maturidade deve possuir sua ordem política sedimentada em uma ideologia jurídica de poder, isto é, esta ordem deve guardar coerência com um sistema coerente de ideias da respectiva sociedade. Essa concepção em muito se assemelha com a definição de legitimidade realizada por Ferreira Filho já descrita, cujas raízes remontam à doutrina francesa do poder constituinte. No entanto, ao voltar seu olhar para o Brasil pós-64, o qual para o autor já atingiu a referida maturidade, identifica a

ausência desse sistema coerente de ideias político-jurídicas que permitam identificar alguma relação entre governantes e governados.

Dessa maneira, o autor considera que a principal consequência negativa que essa constatação provoca se trata da ausência de representatividade política dos membros que integram o Congresso Nacional, uma vez que este estaria adotando papel de pouquíssima ou nenhuma atuação na condução da abertura promovida a partir de 1978. Por sua vez, essa ausência de representatividade política do Congresso Nacional retiraria a sua legitimidade. Nesse contexto, Afonso Arinos desataca que o Congresso Nacional sempre teve atuação de destaque nos momentos de transição da história nacional (FRANCO, 1981, p. 4):

As fontes eleitorais do atual Congresso brasileiro são tão autênticas quanto as de qualquer outra democracia, seus componentes, como pessoas ou como partidos, tão bons como os de qualquer outra fase imperial ou republicana de nossa história. Por isso mesmo, seu afastamento reconhecido e proclamado do processo em curso fez, do nosso, um país que marcha para a luz com os olhos vendados, pois que as básicas decisões são tomadas no escuro, e o Congresso sempre foi, na nossa história, lâmpada que iluminou o caminho.

Portanto, nesse momento em que identifica como de indefinição jurídica, como o maior vácuo constitucional por que o País já havia passado, Afonso Arinos não nega a necessidade de que o processo de redemocratização seja acompanhado do restabelecimento da ordem constitucional. No entanto, na contramão de muitos de seus contemporâneos, o político que posteriormente viria a presidir a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais realça a importância que o Congresso Nacional deve assumir nesse momento, *ao lado da firme determinação do Presidente da República*.

Aliás, quanto a esse último, que à época ainda era João Figueiredo, Afonso Arinos declara expressamente sua confiança na condução do líder da nação ao reestabelecimento democrático, sendo certo que seria o então Presidente um dos responsáveis pelo reestabelecimento da ordem constitucional, conforme o autor externa no seguinte trecho de seu artigo (FRANCO, 1981, p. 7):

Não passa de uma tautologia o dizer-se que não existe democracia sem constituição. Desejamos somente acentuar que o Presidente Figueiredo, cuja liderança no curso da restauração democrática encontra apoio nacional, quaisquer que sejam as divergências existentes quanto ao seu

governo, será levado, pelo próprio dinamismo do movimento que lidera, a incorporar, à chamada “abertura”, o processo de reconstitucionalização.

Como a experiência demonstrou, não foi Figueiredo, mas sim seu sucessor, José Sarney, quem ajudou a conduzir a nação ao processo de reconstitucionalização referido por Arinos. Não obstante a fiabilidade dos prognósticos que foram feitos ao longo do artigo, o importante é destacar que Afonso Arinos identifica dois mitos que seriam utilizados como supostos obstáculos à restauração da legitimidade constitucional no Brasil.

O primeiro deles consistiria na suposta existência de grupos que se oporiam à necessidade de reestabelecimento da ordem constitucional, ao que o autor responde não se tratar de parcela que possa apresentar qualquer risco à empreitada proposta. Já o segundo, mais plausível, consistiria na crise econômica por que o país atravessava à época. Contra esse suposto óbice ao reestabelecimento da ordem constitucional, Afonso Arinos argumenta que as crises, em suas mais diversas formas, podem ser vistas como elementos da mitologia ditatorial, razão pela qual não deve prevalecer a ideia de que a crise seria um empecilho à redemocratização nacional.

Superadas, portanto, as ideias que poderiam se opor à redemocratização do País, Afonso Arinos passa a tratar sobre a forma por que deveria ser realizada essa tarefa, momento em que conclui pela única possibilidade de ser por meio de uma constituinte instituída, depositando sua confiança no Congresso Nacional como ator desse processo e afastando as outras possibilidades pelos seguintes argumentos (FRANCO, 1981, p. 8-9):

O congresso vai, fatalmente, funcionar como Constituinte, não originária, mas instituída, porque a Constituinte originária resultaria de convocação de uma Assembleia, e esta convocação, ou seria feita pelo Governo atual, ou pela derrubada desse Governo por uma revolução. A convocação pelo Governo só depende dele, mas nada indica que a faça, pelo menos agora. O Poder Executivo, hesitante sobre as urgentes alternativas políticas decide, invariavelmente, não tomar nenhuma. Quanto à hipótese de revolução, além de impossível, seria desastrosa para o Brasil.

Ao defender essa ideia, Afonso Arinos enfrenta o entendimento da *oposição*, a qual defende, como visto, a convocação de uma Assembleia Constituinte livre e soberana, como forma de expressão originária do poder constituinte, não cabendo ao Congresso Nacional essa tarefa. O constitucionalista se utiliza, nesse momento, de uma leitura histórica de todos os momentos constitucionais por que o Brasil já havia

passado em sua história, chegando à conclusão de que *nunca houve, portanto, no Brasil, uma Constituinte originária, Todas foram instituídas pelo Poder Executivo* (FRANCO, 1981, p. 10).

Nesse momento Afonso Arinos passa a defender a sua ideia de que a *situação do Brasil se resolverá, pois, e só se resolverá, por meio de uma Assembleia Constituinte instituída*. Para tanto, apresenta ao Congresso Nacional a sua proposta de que este poder tome as rédeas do processo constituinte e confira à próxima legislatura, a qual seria eleita no ano de 1982, poder constituinte instituídos para a elaboração de um novo texto constitucional.

Sem entrar nos pormenores da proposta realizada por Afonso Arinos, os quais não possuem pertinência com o objeto do presente trabalho, o interessante é observar o pensamento pragmático desenvolvido por Afonso Arinos, o qual coloca como meta a forma mais continua de *liquidação judicial* do regime militar que definhava e, assim, supera as concepções tradicionais de poder constituinte originário e derivado, não colocando em xeque a legitimidade de eventual Congresso Constituinte instituído. Vale, inclusive, mencionar a leitura que o autor faz da própria proposta, a qual caracteriza como solução (FRANCO, 1981, p. 10):

Em termos especiais, seria uma solução original, uma solução brasileira, para o caso brasileiro. Mas isto não é um defeito, antes pelo contrário. Em termos gerais seria um procedimento inatacável, tanto sob o aspecto político, quanto sob o jurídico.

Vê-se, assim, a originalidade teórica da proposta formulada por Afonso Arinos, o qual, superando as tradicionais definições inerentes à ideia de poder constituinte formulada pela teoria jurídica, propõe um novo caminho, o qual, sob a perspectiva tradicional, certamente seria rotulado como carente de legitimidade, visto que seria o poder instituído o responsável por agir como constituinte originário.

Deve ser lembrado aqui, embora não analisado a fundo, as ideias de José Afonso da Silva, quem teceu críticas, à época, à forma como se dera a convocação da Assembleia Nacional Constituinte (SILVA, 2000, p. 78). No entanto, em conclusão elaborada em 1999, José Afonso da Silva destaca que, embora tenha criticado a Emenda Constitucional n. 26/85, não se coloca ao lado de outros autores que retiram dessa análise a conclusão de que a constituinte teria sido obra do poder constituinte derivado. Pelo contrário, José Afonso da Silva, se aproximando das ideias de Afonso

Arinos, reitera que considera apenas a utilização de técnica que ignore a teoria político-constitucional (SILVA, 2000, p. 79):

As observações críticas feitas acima a respeito da forma de convocação da Assembleia Nacional Constituinte não devem levar o leitor a confundir a minha posição com a de certa corrente de constitucionalistas conservadores que asseveram que a Constituição de 1988 é obra do poder constituinte derivado, o que significa que não passaria de reforma da Constituição anterior, por ter sido convocado por uma emenda constitucional.

Portanto, da ideia apresentada se percebe que, ainda que não tenha sido tão rápido nem exatamente igual, o certo é que nossa experiência constituinte de 1987/1988 em muito se assemelhou à proposta formulada por Afonso Arinos ainda no ano de 1981.

5. As Manifestações nos Jornais

Conforme já foi pontuado em outro momento desse trabalho, não só às manifestações acadêmicas o debate constituinte se restringiu. Muito pelo contrário. Estando presente em diferentes meios sociais, o debate constituinte ocupou inúmeras páginas de jornais pelo Brasil, os quais abriram espaços em suas colunas às manifestações daqueles que tinham o que dizer sobre o processo constituinte por que passava a Nação.

Assim como pode ser percebido do que ocorrera nos meios acadêmicos, evidentemente, como ocorre em qualquer debate, havia defesas de pontos de vista acentuadamente diferentes entre si.

Ainda em 1981, José Paulo Sepúlveda Pertence, então vice-presidente do Conselho Federal da OAB, concedeu entrevista ao Jornal de Brasília em que defendeu abertamente a necessidade de que fosse estabelecida uma nova Constituição para o Brasil, a fim de superar o regime militar.

Nesse entrevista, Sepúlveda Pertence chama a atenção para o fato de que deve se ficar atento e conscientizar a população para que não se imponha, por meio do voto, uma nova Constituição ilegítima. Sepúlveda Pertence, entretanto, mostra-se bastante favorável a qualquer atitude governamental no sentido de convocar uma Assembleia Constituinte por meio dos poderes constituídos (Jornal de Brasília, 1981):

Porque temos uma Constituição outorgada por uma junta militar e, por isso, inteiramente desprovida de legitimidade. Assim, qualquer ato eficaz dos poderes constituídos sobre essa Constituição ilegítima que implique em devolver à nação, através da Assembléia Constituinte, o poder, que lhe foi usurpado, se justifica por si mesmo.

Também no ano de 1981, o político oposicionista do regime militar Raphael de Almeida Magalhães publica artigo na Folha de São Paulo, a dois dias do feriado nacional de 7 de setembro, apresentando a constituinte como a única ideia para a *saída do país*. Após argumentar e demonstrar a perda irrecuperável da legitimidade do regime militar, o que considera um fato político principalmente consequente da crise econômica, Raphael Magalhães afirma que somente existem duas formas de agir, sendo ambas inconstitucionais. A primeira, outro golpe militar, o uso da força para buscar manter a artificial constitucionalidade o regime de 64. Por outro, a convocação de uma constituinte pelos próprios governantes, a fim de que se possa evitar *uma noite negra, da qual sairemos com sangue, suor e lágrimas*.

Em 19.08.1985, portanto após a aprovação da emenda constitucional que convocara a Assembleia Nacional Constituinte, Paulo Bonavides publicou um longo artigo no Jornal do Brasil com o fim de analisar o quadro *mais singular e complexo de toda a nossa história constitucional*.

Sob esse pretexto, Bonavides procura conferir legitimidade à convivência do poder constituinte com a ordem que está se derogando por meio da caracterização do que chama de uma revolução nos fatos e no campo de opinião.

No entanto, atento aos conceitos clássicos de poder constituinte, Paulo Bonavides considera por absoluto ilegítima a forma de convocação da Assembleia Nacional Constituinte, seja pelo fato de ter sido feita por iniciativa do Chefe do Poder Executivo, seja por ter sido a ela conferida o caráter congressual, assumindo, a seu ver, quatro formas de poder diferentes:

Em primeiro lugar, repetiremos o vício de 1823, ou seja, o da Constituinte que acumulou o poder constituinte originário com o poder legislativo ordinário. A experiência, historicamente malsucedida, acabou na dissolução e no golpe de Estado. Acontece que em rigor o legislativo constituinte de 1987 não acumulará nem concentrará apenas dois poderes senão quatro: o poder constituinte originário, o poder constituinte derivado (o poder de reforma constitucional), o poder legislativo ordinário e o poder um tanto invisível, mas sempre presente, que é aquele de natureza federativa, incorporado à composição da Constituinte pela representação igualitária dos membros do Senado Federal.

Haverá, por conseguinte, uma confusão e concentração tão formidável de poderes que nenhum teorista clássico do princípio representativo poderia

admiti-lo, muito menos um adepto do formalismo democrático global, que entende por constituinte todo colégio soberano de uma nação, desvinculado do exercício de funções representativas limitadas, quais aquelas peculiares às assembleias legislativas ordinárias, como vem a ser o Congresso Nacional, ainda quando atua na qualidade de poder constituinte derivado apto a reformar, dentro dos limites constitucionais estabelecidos, a própria lei magna.

O professor de Direito Constitucional também identifica ilegitimidade na forma por que se estruturou o procedimento do processo constituinte, não se prevendo referendo nem qualquer forma de votação que procure diminuir o efeito do poderio econômico sobre o resultados das urnas, conforme deixa claro no seguinte trecho:

Não teremos, porém, com a Emenda, nem Constituinte paralela, nem referendun constituinte, nem candidaturas avulsas, nem representação profissional de um terço de constituintes eleitos pelo sufrágio universal, capaz de compor uma corrente de elevada representatividade social contra as bases oligárquicas das atuais estruturas partidárias, nomeadamente as da Região Nordeste.

Fica bem claro, portanto, que, a despeito de exaltar a o momento por que passava a nação, seja por formalismos teóricos que impediam a compreensão do momento que se passava, seja por experiências pretéritas que foram marcadas pelo insucesso, é certo que o posicionamento de Paulo Bonavides não foi isolado ao considerar ilegítimo e ver com temor a forma pela qual os trabalhos constituinte se desdobrariam.

Foi, com efeito, nesse mesmo sentido que Rubens Aprobato Machado, em artigo publicado em 27 de novembro de 1986 no jornal Estado de São Paulo, após avaliar a ausência de legitimidade da Assembleia Constituinte que se convocara, conclui da seguinte maneira para manter alguma forma de esperança:

Afastada que foi a possibilidade de uma autentica Assembleia Constituinte originária, com a efetiva participação da vontade popular e de todos os seus segmentos, sem estar atrelada a partidos políticos anteriores à nova ordem jurídica, resta a essa Constituinte congressual e reformadora aproximar-se da vontade popular, indagando, pesquisando, abrindo discussões públicas, ouvindo todos os segmentos da chamada sociedade civil, divulgando as discussões, pedindo o referendo popular das medidas discutidas e aprovadas. Se nada disso houver, além de elaborar um grande “emendão”, o Congresso Constituinte negará a vontade do povo brasileiro e o mandato que lhe foi outorgado pela livre manifestação eleitoral.

Esse são apenas alguns exemplos das diversidades de opinião que marcaram o processo de redemocratização do Brasil, momento em que as desconfianças e incertezas eram a nota maior sobre o futuro da nação.

6. Considerações Finais

Se percebe, por meio das diferentes posições que foram demonstradas nesse capítulo acerca do debate constituinte havido no Brasil durante o que se pode chamar de o longo processo constituinte de redemocratização do País, que foram externadas as mais diversas opiniões sobre como a elaboração do novo texto constitucional deveria ser feita, sobre qual seria o órgão com maior legitimidade para representar o poder constituinte originário, ou mesmo se se haveria espaço para a manifestação do poder constituinte originário, como ficou claro no entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

Pode-se entender que essas diferentes opiniões são fruto, principalmente, do temor e da incerteza sobre o que viria a ocorrer no futuro próximo, em que um grande passo seria dado em direção à transformação da realidade política do País, razão pela qual somente restava o apego às teorias existentes, aos prognósticos e à avaliação histórica.

Certamente, no entanto, a pluralidade que marcou os debates constituintes nos mais diversos meios foi fundamental para o desenrolar do processo constituinte, o qual também foi marcado pela participação de correntes as mais diversas de entendimentos e posicionamentos²².

²² José Afonso da Silva traz a seguinte informação sobre a composição ideológica da Assembleia Nacional Constituinte: *Sua composição ideológica era mais bem distribuída do que as Constituintes anteriores, ainda assim com tendência mais para o centro e centro-direita; segundo pesquisa do jornal Folha de S. Paulo deu a seguinte classificação: direita 12%; centro-direita, 24%; centro 32%; centro-esquerda, 23%; esquerda, 9%. Essa pesquisa, tendo em vista o funcionamento da Constituinte, aproximava-se bastante da realidade.* (SILVA, 2000, p. 109)

CONCLUSÃO

Ao analisar o sentido constitucional e democrático do Brasil pré-Constituição de 1988, Rodrigo de Oliveira Kaufmann classifica o Brasil como sendo uma “terra arrasada” (KAUFMANN, 2011, p. 164). Como consequência, observa que havia no Brasil o que chama de *vácuo discursivo* do direito constitucional, o qual procuraria seu fundamento no apelo ao direito comparado, transformando sua fonte doutrinária a importação das ideias estrangeiras. A revolução provocada no direito constitucional pela Constituição de 1988 e seus conceitos inovadores, no entanto, não parece ter sido acompanhada por parte da doutrina, o que leva o autor a fazer a seguinte afirmação (KAUFMANN, 2011, p. 166):

A incorporação de institutos e da própria lógica do direito privado com seus sistemas coerentes e com suas teorias de “natureza jurídica”, sobreviveu durante os primeiros anos de aplicação da Constituição de 1988. É bastante comum encontrar como capítulo obrigatório dos manuais de direito constitucional, tanto nos primeiros anos como agora, temas como o “conceito de constituição”, “tipologia das constituições”, “poder constituinte”, “formas de Estado”, “formas de Governo” e “organização do Estado”.

Como se pode perceber dos argumentos utilizados por muitos participantes do debate constituinte que houve entre as décadas de 1970 e 1980 no Brasil, muitas vezes a incerteza quanto ao momento que viviam os faziam buscar organizar a experiência dentro de *sistemas coerentes*.

Por sua vez esses sistemas coerentes são aqueles que a doutrina tradicional do poder constituinte procura justamente estabelecer, analisando a natureza do poder constituinte, a sua titularidade a legitimidade e outras categorizações mais.

O que a experiência constituinte de 1987/1988 nos mostra, contudo, é que essas categorizações importadas não são suficientes para a análise do poder constituinte. Insistir que, pelo fato de não ter havido revolução ou ter sido instituída pelo poder instituído a Assembleia Nacional Constituinte não teria sido fruto da expressão do poder constituinte originário é recusar todas as mudanças significativas que ocorreram tanto no campo político como na área social após a promulgação da Constituição de 1988.

A organização política conferida pela Constituição de 1988 possibilitou o maior período de estabilidade institucional e democrática já experimentado pelo

Brasil, ainda que tenha se passado, sob sua égide, por um *impeachment*. Se é este um dos maiores objetivos perseguidos por uma Constituição, insistir no formalismo de que seria mera reforma realizada pelo poder derivado parece ser um formalismo que procura se esquivar da reformulação da teoria do poder constituinte.

Da mesma maneira, insistir em conceitos fundamentais como o é a “revolução” e binômios como poder constituinte originário e derivado, revolução e transição, também se mostra uma forma de se fechar os olhos à realidade política das transformações constitucionais. Com efeito, insistir na soberania popular e ignorar o acordo de vontade de diferentes interesses corporativamente defendidos no processo constituinte é também se prender a conceitos estanques para analisar situações inovadoras e inéditas.

O que se buscou, portanto, com o presente trabalho, foi revelar a escuridão que as análises da experiência constituinte brasileira fundadas na doutrina tradicional se encontram, ao procurar entender o processo dinâmico e inovador por meio de conceitos e definições estanques.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Cícero. *O Processo Constituinte Brasileiro, a Transição e o Poder Constituinte*. In: *Lua Nova Revista de Cultura e Política*. N. 88, 2013

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Mudança Constitucional, Autoritarismo e Democracia no Brasil Pós 1964*. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010

BERCOVICI, Gilberto. *O Poder Constituinte do Povo no Brasil: Um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte*. In: *Lua Nova Revista de Cultura e Política*. N. 88, 2013

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153.

ESTADO DE SÃO PAULO. *Poder Constituinte e Congresso Eleito*. 27.11.1986

FAORO, Raymundo. *Assembleia Constituinte: A legitimidade recuperada*. 3ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1981.

_____. *Constituinte ou Congresso com Poderes Constituintes*. In: *Constituição e Constituinte*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007

FOLHA DE SÃO PAULO. *Constituinte – Saída para o Brasil*. 05.09.1981

FRANCO, Afonso Arinos de. *A Constituinte Instituída*. In. Revista de Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas. v. 1, n. 1, 1981

JORNAL DE BRASÍLIA. *Sepúlveda Defende a Assembleia Constituinte*. 15.01.1981

JORNAL DO BRASIL. *O Congresso e a Constituinte*. 15.08.1985

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo*. São Paulo: Almedina, 2011

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

ROCHA, Antônio Sérgio. *Genealogia da Constituinte: Do autoritarismo à democratização*. In: *Lua Nova Revista de Cultura e Política*. N. 88, 2013

SARMENTO, Daniel. *21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988*. 2009. Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/788/656>

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *What is the Third State?* In. *Political Writings*. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2003

SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000

_____. *O Constitucionalismo Brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011